Das neue Depotgesetz

unter besonderer Berücksichtigung der Fremdvermutung, des gutgläubigen Pfanderwerbs und des Vorgirodepots.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau,

vorgelegt von

Werner Reiß.

1938

Druckerei und Verlag wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch,
Würzburg-Aumühle

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

1. Referent: Professor Dr. Würdinger.

2. Referent: Professor Dr. Thieme.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem lieben Vater
und dem Andenken meiner guten Mutter.

Inhaltsübersicht.

Seite

Allgemeines

zur Neuregelung der depotrechtlichen Vorschriften. ..... 1—9

I. Abschnitt

Die Verwahrungsgeschäfte. §§ 1—18. ..... 9—93

§ 1 **Allgemeine Begriffsbezeichnungen.** ..... 9—15
1) Die Wertpapiere im Sinne des Depotgesetzes,
2) der depotrechtliche Verwahrerbegriff.

§ 2 **Die Sonderverwahrung.** (Wesen und Zweck.) ..... 15—16

§ 5 **Die Sammelverwahrung.** ..... 16—45

§ 6

§ 7 1) Die Entwicklung der Sammeldepotlehre,

§ 8

§ 9 2) das Wesen der Sammelverwahrung,
3) die Umwandlung des Eigentums,
4) die Haussammelverwahrung,
5) die Girosammelverwahrung,
6) die Wertpapiersammelbanken,
7) die Ermächtigungen zur Sammelverwahrung,
8) das Vorgirodepot, ... 23—45
a) die Lehren von Opitz u. Schröder über das Vorgirodepot, 23—28
b) Eine Stellungnahme zu diesen Lehren, ... 28—45
c) das Wesen und der Begriff des Vorgirodepots, ... 31—32
d) die rechtlichen Vorgänge beim Vorgirodepot, ... 32—41
e) die Mischungsrechnung beim Vorgirodepot: keine Benachteiligung des Kunden. ..... 41—45

§ 10 **Die Tauschverwahrung.** ..... 45—47

§ 11
1) Die beiden Tatbestände der Tauschverwahrung,
2) die Ermächtigung zur Tauschverwahrung,
3) das Wesen der Tauschverwahrung.

§ 17 **Die Pfandverwahrung.** 47

§ 13 **Die Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum.** ..... 47—49
1) Die Formerfordernisse der Ermächtigung,
2) die Ermächtigungserklärung,
3) Wesen und Zweck der Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum.

§ 15 **Die unregelmäßige Verwahrung (Aberdepot) und das Wertpapierdarlehen.** ..... 49—50
1) Der Wortlaut der Erklärungen hierfür,

2) das Wesen der unregelmäßigen Verwahrung, auch im Vergleich zu der Verfügung über das Eigentum,
3) das Wertpapierdarlehen.

§ 3 **Die Drittverwahrung.** ..... 50—52
1) Die Gründe für eine Drittverwahrung,
2) die Haftung des Zwischenverwahrers,
3) die Stellung der Zweigstellen,
4) der Zweck des § 3.

§ 12 **Die Drittverpfändung.** ..... 52—60
1) Die Gründe,
2) die Grundsätze für eine wirksame Drittverpfändung,
3) die drei Verpfändungsarten,
a) die übliche Verpfändung,
b) die beschränkte Verpfändung,
c) die unbeschränkte Verpfändung.

Die Depotkunden. ..... 60—63
1) Das Eigendepotkonto (Depotkonto A),
2) das Anderdepotkonto (Depotkonto B),
3) das Pfanddepotkonto (Depotkonto C),
4) das Sonderpfanddepotkonto (Depotkonto D),
5) die Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden.

§ 4 **Die Fremdvermutung im Verwahrungsgeschäft.** ..... 63—92
1) Die Entwicklung der Fremdvermutung,
2) ihr Zweck, ihre Wirkung und ihr Geltungsbereich,
3) ihr Verhältnis zu § 3,
4) der Verwahrerbegriff i. S. der Fremdvermutung,
5) Pfand- und Zurückbehaltungsrechte bei der Fremdvermutung,
6) der gutgläubige Pfanderwerb im Rahmen der Fremdvermutung,
7) die Fremdvermutung im Verkehr mit dem Ausland.

§ 14 **Die Depotbuchführung.** ..... 92—93

II. Abschnitt 93—102

Die Anschaffungsgeschäfte (Einkaufskommission). §§ 18—31.

§ 18 Die Übersendung des Stückeverzeichnisses.

§ 19 Die Aussetzung der Übersendung des Stückeverzeichnisses.

§ 20 Die Übersendung des Stückeverzeichnisses auf Verlangen.

§ 21 Die Befugnis zur Aussetzung und die Befugnis zur Übersendung des Stückeverzeichnisses auf Verlangen.

§ 23 Die Befreiung von der Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses.

§ 24 Die Erfüllung der Kommission durch Übertragung von Miteigentum am Sammelbestand.

§ 25 Die Rechte des Kommittenten bei Nichtübersendung des Stückeverzeichnisses.

§ 26 Die Pflicht des Kommissionärs zur Übersendung des Stückeverzeichnisses beim Auftrag zum Umtausch und zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes auf Wertpapiere.

§ 27 Der Verlust des Provisionsanspruchs.

§ 28 Die Unabdingbarkeit der Verpflichtungen des Kommissionärs.
§ 29 Der Kommissionär als Verwahrer i. S. des Depotgesetzes.
§ 31 Der Kommissionär als Eigenhändler und beim Selbsteintritt.
§ 30 Die Fremdvermutung im Anschaffungsgeschäft. ..... 98—104

III. Abschnitt.

Das Konkursvorrecht (§§ 32, 33). ..... 104—109

§ 32 Die bevorrechtigten Gläubiger.
§ 33 Das Ausgleichsverfahren.

IV. Abschnitt.

Die Strafbestimmungen (§§ 34—41). 109

§§ 34—41 Die Erweiterung der depotgesetzlichen Vorschriften gegenüber denen des Depotgesetzes von 1896.

V. Abschnitt.

Die Schlußbestimmungen (§§ 41—43). 110

§§ 41—43 Die Anwendung des Gesetzes auf öffentlich-rechtliche Banken und Sparkassen, die erweiterte Anwendungsmöglichkeit auch auf Treuhänder und die Übergangsregelung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0025

Allgemeines
zur Neuregelung der depotrechtlichen Vorschriften.

Am 1. Mai 1937 ist das bis dahin geltende Bankdepotgesetz (Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere) vom 5. Juli 1896, in der Fassung der Verordnung vom 21. November 1923 (RGBl. 1896, S. 183/194, 1923, I, S. 1119) durch das Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937 (RGBl. I, S. 171—178) abgelöst worden.

Den Anstoß zur Schaffung des Depotgesetzes von 1896 hatten die Zusammenbrüche von Banken und die Veruntreuungen von Wertpapieren der Depotkundschaft durch einzelne Kreditinstitute gegeben. Die damit in der Öffentlichkeit gegenüber dem Ansehen der Kreditinstitute hervorgerufene große Unsicherheit galt es nunmehr — sowohl im Interesse des Staates als auch in dem der Kreditinstitute selbst — durch das Depotgesetz von 1896 zu beseitigen. In der auch jetzt noch lesenswerten Begründung des Depotgesetzes von 1896 heißt es: „Umfangreiche Depotunterschlagungen, welche im Herbst des Jahres 1891 bei Gelegenheit des in rascher Aufeinanderfolge sich vollziehenden Zusammenbruchs einer Anzahl bedeutender Bankgeschäfte aufgedeckt wurden, haben die allgemeine Aufmerksamkeit auf die Verhältnisse der Banken gelenkt und eingehende Erörterungen über die Depotgeschäfte in der Tagespresse wie in der Fachliteratur veranlaßt."

Ermöglicht waren solche Vorkommnisse durch rechtliche Lücken, die offenkundig sich bei den an die Bankenzusammenbrüche anschließenden gerichtlichen zivil- wie strafrechtlichen Verfahren gezeigt hatten. Sie galt es durch eine depotrechtliche Sonderregelung zu schließen.

Die Folgerungen aus dieser Erkenntnis fanden dann ihren Niederschlag in dem Depotgesetz von 1896.

Es wurde

1. ein besonderes Depotstrafrecht in den §§ 9, 10, 11 und 12 geschaffen, das zur Aufgabe hatte, die allgemeinen Strafrechtsvorschriften über Unterschlagung und Untreue, sowie den betrügerischen Bankrott unter Inbezugnahme der depotgesetzlichen Vorschriften derart zu spezialisieren, daß die Möglichkeit eines Durchschlüpfens durch die Maschen des Gesetzes tunlichst ausgeschlossen wurde.
2. Zivilrechtlich wurde als neue Art der Eigentumsübertragung in den §§ 3 und 7 neben der Bänderung der Papiere die Absendung

des Stückeverzeichnisses innerhalb einer bestimmten Frist geschaffen. Diese Bestimmung wurde jedoch unter dem Druck der Wertpapierinflation der Nachkriegsjahre durch die Novelle vom 23. November 1923 (BGBl. Nr. 121) dahin gelockert, daß die Bank als Kommissionär mit der Absendung des Stückeverzeichnisses warten durfte, bis ein Anfordern durch den Depotkunden, den Kommittenten, erfolgte, was aber aus Nachlässigkeit oft unterblieb, zum Nachteile des Depotkunden, für den das Geschäft bis zur Absendung des Stückeverzeichnisses in der Schwebe blieb.

3. Verschärfte Buchungsvorschriften in § 1 Abs. 2 und auch die Neuerung der Fremdanzeige in § 8 gaben weiterhin der Bankkundschaft erhöhte Sicherheiten. Die Vorschriften über die Fremdanzeige brachten für das Kreditinstitut, das fremde Wertpapiere einem Dritten zur Aufbewahrung, Veräußerung, zum Umtausch oder Bezug von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen, anvertraute, die Verpflichtung mit sich, dem Dritten mitzuteilen, daß es sich um fremde Werte handle. Dadurch sollte eine Pfandverstrickung vermieden werden für Forderungen des Dritten gegen das anvertrauende Kreditinstitut, die den Kunden nicht betrafen.

Diese zu 1, 2 und 3 in großen Zügen wiedergegebene Sonderregelung war im Depotgesetz von 1896, das 13 Paragraphen enthielt, zum Zwecke des erhöhten Kundenschutzes getroffen worden. Später wurde als § 7a durch die genannte Novelle vom 23. November 1923 eine weitere Bestimmung in das Depotgesetz von 1896 eingebaut, durch die das Konkursvorrecht des Kommittenten, der den Kaufpreis für die angeschafften Wertpapiere zwar bezahlt, aber bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens Wertpapiereigentum noch nicht erhalten hatte, gesichert werden sollte.

Aber auch diese bis zum 1. Mai 1937 neben den handels-, zivil- und strafrechtlichen Vorschriften geltende Sonderregelung des Depotgesetzes von 1896 brachte nicht die erhoffte und erwünschte Klarheit und Sicherheit, weil sie in der Praxis eine Auslegung erfahren hatte, die dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht entsprach. So hatte sich beispielsweise in der Praxis die Ansicht herausgebildet, die auch von der Rechtsprechung anerkannt wurde, daß für den selbsteintretenden Einkaufskommissionär eine Fremdanzeigepflicht nicht bestehe, weil er als Verkäufer handle und den Kundenauftrag nicht „weitergebe", eine Ansicht, die durch § 31 des neuen Depotgesetzes nun unterbunden ist.[1]) Desgleichen hat die Ermächtigung des § 2 Abs. 1 Dep.Ges. 1896 an den Verwahrer, die ihm gestattete, zu eigenem Nutzen über das Depot des Hinterlegers zu verfügen oder gleichartige Stücke zurückzugeben, Anlaß zu mißbräuchlicher Anwendung gegeben. Nicht zuletzt aber war es die an sich schwierige Materie selbst, die in ihrer allzugedrängten Form Unklarheiten bei der Depotkundschaft entstehen oder bestehen ließ, die wiederum Anlaß zu Mißhelligkeiten zwischen den Banken und ihrer Kundschaft gegeben hatten.

---

[1]) vgl. RGZ 107/38, JW 1923/929, BA. XXX 276, Recht 1936/353.

Diese Mängel, die durch die erwähnten und noch weitere Erscheinungen in der Praxis sich — entgegen dem Sinn des Gesetzes von 1896 — herausgebildet und zu starken Unzuträglichkeiten im Wertpapierhandel geführt hatten, und die wiederum im Zusammenhang mit einer Bankenkrise, nämlich der von 1931, für die Allgemeinheit in Erscheinung getreten waren, galt es, durch das neue Depotgesetz vom 4. Februar 1937 zu beseitigen.

Es waren in den Jahren seit 1931 bereits Bestrebungen im Gange und haben auch teilweise ihren Niederschlag und ihre Auswirkungen in verstärkten Sicherheitsvorkehrungen, z. B. der Depotprüfung, gefunden. Sie hatten den Zweck, auf außergesetzlichem Wege die Allgemeinheit und die Bankinstitute vor Schädigungen zu bewahren, wobei die Verletzung oder das Fehlen bestimmter Einzelvorschriften in den Verfassungen des Bankwesens bei derartigen Vertrauenskrisen nicht überschätzt werden darf; denn wenn im Jahre 1931 die Allgemeinheit (Bankkundschaft) einen relativ geringen Schaden erlitten hat, so dürfte das nicht in erster Linie an dem Vorhandensein gesetzlicher Schutzbestimmungen gelegen, sondern auf einer besonderen Mitwirkung des Staates wie der Reichsbank bei der Abwendung der Krise beruht haben. Damit soll hinwiederum nicht etwa gesagt sein, daß gesetzliche Richtlinien, Revisionen und Aufsichtsbehörden überflüssig wären. Im Gegenteil! In dieser Hinsicht stellt das neue Depotgesetz einen sehr wertvollen Fortschritt dar und sichert in noch umfassenderem Maße als das Depotgesetz von 1896 den Schutz der Bankkunden.

Bereits unmittelbar nach der Bankenkrise von 1931 dienten die Notverordnungen 3 und 4 dem zu erhöhenden Kundenschutz der Bank-, Spar- und Kreditinstitute. Aber erst durch das Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934, kurz Kreditwesengesetz genannt, das die wirtschaftliche Seite, und durch das neue Depotgesetz vom 4. Februar 1937, das mehr die juristisch-technische Seite behandelt, erhielten die Schutzbestimmungen die wohlüberlegte gesetzliche Untermauerung.

Die erhöhten Sicherungen des Kreditwesengesetzes liegen, wie gesagt, auf wirtschaftlichem Gebiete. Es befaßt sich weitgehend mit der Bilanz der Kreditinstitute und gibt weiterhin Vorschriften über die Erlaubniserteilung und Erlaubnisentziehung zur Unterhaltung eines Kreditinstituts, welche die Ehrbarkeit des Leiters des einzelnen Instituts und dessen fachliche Vorbildung, ebenso wie das Vorhandensein der zu einem ordnungsmäßigen und sicheren Geschäftsbetrieb erforderlichen Geldmittel zur Voraussetzung hat. Durch die Anzeigepflicht verschiedener Art, Kreditkontrolle, Liquiditätsvorschriften und monatliche Bilanzerrichtung, ebenso wie die von jetzt an (5. Dezember 1934) regelmäßige Prüfung der Bankdepots, für die bis dahin eine gesetzliche Grundlage nicht geschaffen war, sind vom Kreditwesengesetz noch weitere Sicherungen geschaffen worden, die neben dem neuen Depotgesetz dem Kundenschutz zu dienen bestimmt sind. [2])

[2]) Die in § 35 des Kreditwesengesetzes verankerte Depotprüfung stellte ursprünglich eine im Wege der Selbstverwaltung geschaffene Einrichtung dar. In den

Das neue Depotgesetz bringt auch eine wesentliche Aufhellung des Rechtsstoffes. Manche Lücke, die Praxis, Rechtslehre und Rechtsprechung auszufüllen schon bestrebt waren, ist nunmehr ausgefüllt.[3]) Wie in der amtlichen Begründung zum neuen Depotgesetz zum Ausdruck gebracht ist und wie auch Opitz in dem Vorwort zu seinem Erläuterungsbuch zum neuen Depotgesetz hervorhebt, ist der wesentliche Zweck der Neuregelung der depotrechtlichen Vorschriften der, unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines beweglichen Wertpapierhandels und der berechtigten Belange der Kreditinstitute die Volksgemeinschaft zu schützen, die ihr Vermögen in Wertpapierform bei Bank- und Sparinstituten anlegt, bzw. die Hilfe der Kreditinstitute in Anspruch nimmt.

Wie schon kurz erwähnt, verlangten die Schwierigkeiten der Materie selbst und die Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen, unter denen sich die bankgewerblichen Depotgeschäfte vollziehen, schon bei Schaffung des Depotgesetzes von 1896 und dann auch weiterhin die Erfahrungen der folgenden Jahre, insbesondere der Krisenjahre der Nachkriegszeit, eine noch umfassendere speziellrechtliche Regelung mit noch klareren Formen und noch klareren Begriffen. Es sollte dadurch erreicht werden, daß die depotgeschäftlichen Vorgänge, die in ihrer Vielheit und Mannigfaltigkeit sich oftmals zwangsläufig überschneiden und überdecken, wieder übersichtlich gestaltet werden. Es wird z. B. immer ein depotmäßiges Verwahrungsgeschäft gleichzeitig zum Verwaltungsgeschäft für die Bank; die Kommissionsgeschäfte werden für gewöhnlich gleichzeitig auch Verwahrungsgeschäfte sein, wenn nämlich die Bank für die von den Kunden zur Verwahrung hinterlegten Wertpapiere einen Verkaufsauftrag erhält, oder umgekehrt die für die Kunden angeschafften Wertpapiere zur Verwahrung behält, sodaß für jeden dieser Fälle Verwahrung, Verwaltung und Kommission gleichzeitig ihre rechtliche Berücksichtigung erheischen. Aber auch bei Kreditgeschäften zwischen Banken und Kunden sind oftmals gleichzeitig die Formen der Verwahrung, Verwaltung und auch der Verpfändung, gegenseitig ineinander übergehend, vorhanden.

Es mag die Aufzählung dieser Beispiele genügen, um die Notwendigkeit einer klaren und übersichtlichen Regelung mit gleichzeitig klaren und allgemein verständlichen Ausdrücken und Formen, wie sie im neuen Depotgesetz in erhöhtem Maße durchgeführt worden ist, zu rechtfertigen.[4]) Eine formklare und übersichtliche Regelung dient nicht allein der Sicherheit und dem Ansehen der Banken, sondern auch dem schutzwürdigen Interesse der Bankkundschaft, weil durch sie in größtmöglichstem Maße Mißverständ-

---

Richtlinien für die Depotprüfung wird als ihr Zweck bezeichnet, darüber zu wachen, daß die gesetzlichen Vorschriften und die bankgewerbliche Berufsauffassung bzgl. der Wertpapierverwahrung beachtet werden. (Vgl. auch die Richtlinien für die Depotprüfung, 5. Bekanntmachung des Reichskommissars für das Kreditwesen vom 1. August 1935. Deutscher Reichsanzeiger Nr. 179).

[3]) (vgl. Opitz im Vorwort zu seinem Erläuterungsbuch zum neuen Depotgesetz.)

[4]) (vgl. dazu auch die einleitende Begründung zum Depotgesetz.)

nisse der Depotkunden und unliebsame Verwickelungen zwischen ihnen und den Kreditinstituten vermieden werden können. Diesen Zweck eines erhöhten Kundenschutzes will das neue Depotgesetz in zweierlei Richtung erreichen:

Einmal in der Erhaltung des Eigentums für den Kunden bei dem Verwahrungsgeschäft,

und zum anderen in der möglichst schnellen Verschaffung des Eigentums für den Bankkunden beim Anschaffungsgeschäft.[5])

Den Zweck des Kundenschutzes verfolgt z. B. die Bestimmung des § 18, durch welche der durch die bereits genannte Novelle vom 23. November 1923 aufgehobene Zwang der Übersendung eines Stückeverzeichnisses bei den Anschaffungsgeschäften wieder eingeführt wird. Desgleichen wird im neuen Depotgesetz unter Berücksichtigung dessen, daß es sich bei der Depotkundschaft meist um Laien handelt, die juristisch nicht geschult sind, den Kundenschutz, wie gesagt, dadurch noch weiterhin erhöht, daß klare und abgrenzende Begriffe und Fachausdrücke an Stelle von veralteten und dem Laien besonders unklaren gesetzt worden sind. Früher besonders legte man auf die Genauigkeit der Fachausdrücke nicht den Wert wie berechtigterweise heute. Es ist immer vom Schrifttum darauf hingewiesen und hingewirkt worden, sich einer klaren und treffenden Ausdrucksweise bei der Bildung und dem Gebrauch von Fachausdrücken zu befleißigen. Besondere Verdienste hat sich auch hier Opitz erworben, der besonders in seinem Erläuterungsbuch zum neuen Depotgesetz klare Ausdrücke gewählt hat und auf deren Gebrauch immer wieder hinweist. Man sprach früher, und teilweise leider auch noch heut, ungenau von „Depot", wenn man das Konto meinte. „Unter Depot versteht man Wertpapiere von bestimmter Menge und Zugehörigkeit, die einem Verwahrer oder Pfandverwahrer zur bankmäßigen Aufbewahrung anvertraut sind. Die bei dem Verwahrer getroffene Einrichtung zur buchmäßigen Feststellung der vom Hinterleger dem Verwahrer zur bankmäßigen Aufbewahrung anvertrauten Wertpapiere muß man als Depotkonto (mit den entsprechenden anderen Zusammensetzungen „Streifbanddepotkonto", „Sammeldepotkonto", „Anderdepotkonto" usw.) bezeichnen."[6]) Man kann als Musterbeispiel an den Begriff des ehemaligen, heut nicht mehr gebräuchlichen Stückekontos[7]) erinnern. Die Begriffsbezeichnung Stückekonto bringt, wie Opitz sehr klar und deutlich ausführt, „nichts anderes zum Ausdruck, als das Wort Depotkonto, dessen erste Hälfte lediglich verdeutscht ist, das aber gerade das Gegenteil bedeuten sollte. Im Depotkonto sind

---

[5]) (Vgl. die einleitende Begründung zum neuen Depotgesetz, ferner Opitz im Vorwort zu seinem Erläuterungsbuch zum Depotgesetz, derselbe in JW 1937/513 ff. und in „Zahlungsverkehr und Bankbetrieb" 1937, Nr. 3 S. 53 ff.).

[6]) (Vgl. dazu auch Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34, S. 1523 ff.).

[7]) (Vgl. Opitz „Stückekonto", Verlag W. de Gruyter, S. 320 Anm. 1, 328 ff, 340 ff, 354 ff, ferner oben genanntes Wirtsch.Blatt und Opitz in seinem Erläuterungsbuch zum neuen Depotgesetz, zu § 15).

die Wertpapiere verbucht, die der Bankier als fremde aufbewahrt, das ehemalige Stückekonto dagegen sollte zeigen, was er an Wertpapieren schuldete." Die Bezeichnung Stückkonto wurde im übrigen irrtümlich, weil unterschiedslos, für die verschiedensten depotgeschäftlichen Vorgänge gebraucht und hat dadurch zu zahlreichen Irrtümern Veranlassung gegeben. Der Ausdruck Stückekonto umfaßte:

1. Das Vertragsverhältnis der unregelmäßigen Verwahrung, jetzt unregelmäßige Verwahrung genannt, [8])
2. das Vertragsverhältnis des Wertpapierdarlehens, jetzt Wertpapierdarlehen genannt, [9])
3. den Vermögenswert aus unregelmäßiger Verwahrung und Wertpapierdarlehen, jetzt Aberdepot genannt,
4. den Anspruch auf Lieferung aus einem Wertpapieranschaffungsgeschäft, jetzt Wertpapierguthaben genannt,
5. das Konto, auf dem der Anspruch zu 3 verbucht wurde, jetzt Aberdepotkonto genannt und
6. das Konto, auf dem der Anspruch zu 4 verbucht wurde, jetzt Wertpapierrechnung genannt. [10])

Die Begriffsbezeichnung Aberdepot ist eine Neuprägung von Opitz. „Aberdepot" soll den bankmäßigen Anspruch des Depotkunden auf Lieferung von Wertpapieren der Art und Zahl nach bezeichnen. Der Anspruch ergibt sich aus der unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 BGB, § 15 Abs. 1 D.G.) oder aus Wertpapierdarlehen (§ 607, BGB, § 15 Abs. 3 D.G.) und sieht die Übereignung des Wertpapiereigentums durch den Depotkunden auf den Verwahrer oder die Ermächtigung des Verwahrers durch den Depotkunden zur Verfügung über das Wertpapiereigentum vor und entsteht durch Vereinbarung zwischen Hinterleger und Verwahrer (§ 15) oder durch Aneignung seitens des Verwahrers auf Grund einer Ermächtigung. (§ 13) Opitz will mit der Bezeichnung „Aberdepot" zum Ausdruck bringen, daß es mit diesem Depot sein „Wenn und Aber" hat. Der Depotkunde soll stutzig werden und das „Wenn und Aber" erfahren, auch daß er im weitesten Sinne noch Depotkunde ist, wie die „unregelmäßige Verwahrung" den Namen Verwahrung trägt, ohne daß es sich im Sinne des Kundeneigentums um „Depot" oder „Verwahrung" handelt. Wenn Klausing im BA XXXVII/151

[8]) d. h., die Verwahrung wird in der Weise vereinbart, daß das Eigentum s o f o r t auf den Verwahrer oder einen Dritten übergeht und der Verwahrer nur verpflichtet ist, Wertpapiere derselben Art zurückzugewähren. (§ 15 Abs. 1).

[9]) Unter der Begriffsbezeichnung des Wertpapierdarlehens versteht man die Vereinbarung des Hinterlegers (Depotkunden) mit dem Verwahrer (Bank), daß das Eigentum an den anvertrauten Werten auf den Verwahrer oder einen Dritten übergehen und der Verwahrer Darlehensschuldner des Depotkunden sein soll. (Aberdepot! §§ 607 BGB, 15 Abs. 3 Dep.Ges. 37). Vgl. dazu auch die ausführliche Darstellung von Opitz in seinem Erläuterungsbuch zum Depotges. Bemerk. 7—12 zu § 15.

[10]) Darunter versteht man in der Praxis die Einrichtung zur buchmäßigen Festhaltung des nur schuldrechtlichen Anspruchs auf Lieferung von Wertpapieren der Art nach. Es werden z. B. die kommissionsweise angeschafften, aber noch nicht übereigneten Wertpapiere auf Wertpapierrechnung verbucht.

darüber sagt: „Ich glaube nicht daran, daß sich für die vom Verfasser (Opitz) mit Recht gerügte Bezeichnung „Stückekonto" der von ihm vorgeschlagene Ausdruck „Aberdepot" einbürgern wird. Das Gesetz spricht von unregelmäßiger Verwahrung. Ich vermag nicht einzusehen, warum man es nicht auch im juristischen und bankmäßigen Sprachgebrauch hierbei bewenden lassen sollte", so muß dagegen darauf hingewiesen werden, daß in der Praxis sich die Bezeichnung „Aberdepot" schon weitgehend eingebürgert hat, und daß sich der Ausdruck „Aberdepot" mit dem Begriff des „Stückekontos" nicht deckt. Es wird doch nur ein Teil davon getroffen, nämlich der Anspruch auf Herausgabe von Wertpapieren aus unregelmäßiger Verwahrung oder Wertpapierdarlehen, also der Vermögenswert. Desgleichen soll doch nicht mit dem Ausdruck „Aberdepot" der Begriff der unregelmäßigen Verwahrung verdrängt oder ersetzt werden. Von unregelmäßiger Verwahrung wird auch bei Opitz in seinem Erläuterungsbuch zum neuen Depotgesetz immer da gesprochen, wo es sich um das Vertragsverhältnis der unregelmäßigen Verwahrung handelt, während, wie gesagt, der Begriff „Aberdepot" den Vermögenswert, den Anspruch aus dem Vertragsverhältnis der unregelmäßigen Verwahrung bedeutet.[11])

Nunmehr ist also die Begriffsbezeichnung „Stückekonto" gefallen und damit den erwähnten Bezeichnungen ihre klare, unterschiedliche Bedeutung wiedergegeben worden. Wie wenig angebracht, um nicht zu sagen falsch, es war, diese Unterscheidungen zu verwischen, beweist auch der Umstand, daß die Aberdepotermächtigung des § 13 und die Aberdepotvereinbarung des § 15 steuerpflichtige Anschaffungsgeschäfte sind, wenn nicht die Rückgabe vereinbarungsgemäß innerhalb einer Woche nach Hingabe erfolgt.[12]) Dagegen sind die Gutschrift auf Wertpapierrechnung auf Grund eines versteuerten Anschaffungsgeschäfts und die Vereinbarung hierüber steuerfrei.[13])

Durch die Festlegung klarer banktechnischer Begriffe soll der Kunde bei Abgabe seiner Erklärungen insofern geschützt werden, als er nicht im Unklaren gelassen werden soll, welche Pflichten er auf sich nimmt, oder welcher Rechte er sich eventuell begibt. Derartige Vereinbarungen zwischen Kreditinstitut und Kunden können nur auf Grund jedesmaliger und ausdrücklicher, schriftlicher Erklärung des Kunden zustande kommen, (Grundsatz der Formstrenge) wobei gleichzeitig die Möglichkeit ausgeschlossen wird, die Befugnis zu Maßnahmen, die den Kunden in seiner Rechtsstellung verschlechtern könnten, aus den Geschäftsbedingungen oder sonstigen Urkunden abzuleiten.

Das neue Depotgesetz verlangt dort diese Formstrenge, wo

---

[11]) (Vgl. dazu auch die Ausführungen von Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34, in denen auch ausgeführt wird, warum zwischen Wertpapierrechnung und Aberdepot unterschieden wird.)

[12]) (Vgl. dazu § 27 KVG und BA XXXVII/42).

[13]) (Vgl. auch Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer 1937 Heft 34).

durch irgendwelche Vereinbarungen zwischen der Bank und ihrem Depotkunden irgend eine ihn in seinen Rechten beeinträchtigende Veränderung bestehender Verhältnisse bezüglich seines Wertpapiereigentums eintritt oder eintreten soll. Durch die Formstrenge soll verhindert werden, daß die oft ungewandte Depotkundschaft irgendwelche Erklärungen leichtfertig abgibt. Entsprechend diesem Zweck wird die Form verschärft, je mehr Rechte der Kunde mit seiner Erklärung aufgibt.[14]) Hinwiederum entfällt dort eine Formvorschrift ganz, wo sich eine solche, die Rechte der Kunden sichernde Bevormundung erübrigt, d. h. also z. B. im Verkehr von Bank zu Bank. (§ 16).

Als weiteres Mittel zur Erzielung eines erhöhten Kundenschutzes wurden vom Gesetzgeber feste, grundsätzlich unabdingbare Rechtsnormen geschaffen, die nur dort durch Sollvorschriften ersetzt worden sind, „wo dies mit den sonstigen Zielen des Gesetzes in Einklang steht und insbesondere, wo die Person des beteiligten Bankkunden dies rechtfertigt",[15]) d. h. also dort, wo gegenseitiges sich Kennen, beiderseitiges Vertrauen und die Kenntnis banktechnischer Vorgänge, Gebräuche und Fachausdrücke, dies rechtfertigen. Im Interesse der eigenen Sicherheit machen die Bankinstitute von dieser Möglichkeit jedoch nur relativ wenig Gebrauch.

Durch die Auflockerung und den Ausbau der alten und die Schaffung neuer Vorschriften erklärt sich auch das Anwachsen von den nur 14 Vorschriften des Depotgesetzes von 1896 auf 43 des neuen Gesetzes. Dabei aber ist die Einteilung des neuen Gesetzes klarer und übersichtlicher geworden.

Das neue Depotgesetz ist in fünf Abschnitte gegliedert. Diese sind:

1. **Verwahrung,** (§§ 1—18) wobei das Hinterlegungsgeschäft besonders behandelt wird. Die Vorschriften dienen der Erhaltung des Eigentums.
2. **Einkaufkommission,** (§§ 18—32) wobei das Anschaffungsgeschäft behandelt wird, bei dem die schnelle Verschaffung des Eigentums der leitende Gesichtspunkt ist.
3. **Konkursvorrechte,** (§§ 32—34)
4. **Strafbestimmungen,** (§§ 34—41) und
5. **Schlußbestimmungen,** (§§ 41—43).

Es bringt das neue Depotgesetz also eine wesentliche Verbesserung des Kundenschutzes. Wie in seiner amtlichen Begründung aber gleichzeitig hervorgehoben wird, bringt es diese Verbesserung trotz der damit verbundenen Erschwerungen für das Bankdepot- und Kommissionsgeschäft, unter möglichster Berücksichtigung „der Notwendigkeit eines geordneten und beweglichen Wertpapierhandels", „der berechtigten Belange der Verwahrer" und der „banktechnischen Möglichkeiten und Erfordernisse, da sonst die Wertpapierverwahrung und der Wertpapierhandel in volkswirtschaftlich nicht vertretbarer Weise erschwert und verhindert würde."[16])

[14]) (Vgl. die gesteigerten Formvorschriften der §§ 5, 10, 12, 13, 15, 18 ff.)
[15]) (Vgl. die einleitende Begründung zu neuen Depotgesetz.)
[16]) (Vgl. die Begründung I 2).

Weiterhin wird vom Gesetzgeber in der Begründung zum neuen Depotgesetz auch ausdrücklich anerkannt, „daß die Banken eine Anzahl ihnen jetzt gesetzlich auferlegter Pflichten in den letzten Jahren bereits freiwillig innegehalten haben." [17])

I. Abschnitt.

Die Verwahrungsgeschäfte. (§§ 1-18).

Der depotrechtliche Wertpapier- und Verwahrerbegriff des § 1.

Das Depotgesetz gibt in seiner ersten Bestimmung (§ 1) allgemeine Begriffsbezeichnungen, deren Festlegung schon am Anfang des Gesetzes unnötige Verweisungen und Wiederholungen im weiteren Gesetzestext vermeiden soll, was nur dazu angetan wäre, Erschwerungen und Unklarheiten für den Leser zu schaffen.

Gegenstand des depotrechtlichen Schutzes sind Wertpapiere. (§ 1 Abs. 1).

„Wertpapiere im Sinne dieses Gesetzes sind Aktien, Kuxe, Zwischenscheine, Reichsbankanteilscheine, Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, ferner andere Wertpapiere, wenn diese vertretbar sind, mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld."

Es ist also vom Gesetzgeber bezüglich der depotrechtlich geschützten Werte eine Zweiteilung vorgenommen worden und zwar:

a) in vertretbare Wertpapiere mit Ausnahme der Banknoten und des Papiergeldes, und
b) in die vom Gesetz aufgezählten Wertpapiere ohne Rücksicht auf ihre Vertretbarkeit.

Zu a) Vertretbare Wertpapiere sind Urkunden, d. h. Sachen, die im Verkehr nach Stücken oder Nennbeträgen gezählt zu werden pflegen, und die gleichzeitig Rechte — Anteile oder Forderungen — derart verbriefen, daß das Recht aus dem Papier dem Recht an dem Papier folgt, d. h. das Eigentum an der Urkunde die Berechtigung zur Ausübung des Rechts beweist und damit freies Verfügungsrecht darüber erlaubt. (§§ 90, 91 BGB). Es sind daher z. B. keine Wertpapiere im Sinne des Depotgesetzes Sparkassenbücher, auf Namen lautende Schuldscheine, Quittungen und Abrechnungen, Depotscheine und Sparbücher. Solche Urkunden sind Beweisurkunden und Legitimationsurkunden. [1]) Wenn auch Wertpapiere, so doch nicht vertretbare Wertpapiere, sind z. B. die sogenannten gekorenen Orderpapiere: die Konossomente der Seeschiffer, Lagerscheine der Lagerhalter, Ladescheine der

[17]) (Vgl. dazu Opitz in JW 1937/513 ff, in „Zahlungsverkehr und Bankbetrieb" Nr. 3, S. 53 ff, Simon in „Neues Depotgesetz" im BA XXXVI/287 ff.).

[1]) (Vgl. Opitz, Erläut. Buch Bem. 3 zu § 1, desgl. Quassowski-Schröder, Kommentar, zu § 1).

Frachtführer, Bodmereibriefe der Schiffer, bei denen das Recht aus dem Papier durch Indossament nur dann übertragen werden kann, wenn sie an Order lauten. (§ 363 HGB). Dem depotrechtlichen Schutz unterliegen gleichfalls nicht die Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldbriefe. Sie sind weder vertretbar, noch haben sie eigentlichen Wertpapiercharakter.[2]) Grundschuld- und Rentenbriefe können unter Umständen vertretbare Wertpapiere sein,[3]) aber sie können depotrechtlich nur dann geschützt werden, wenn sie in großer Anzahl in Verkehr gebracht werden.

Ausdrücklich ausgenommen von dem depotrechtlichen Schutz sind:

1. die Banknoten[4]) trotz ihrer Wertpapiereigenschaft, weil sie entsprechend der ihnen im Verkehr zugeteilten Aufgabe nur die Stelle des Geldes zu vertreten haben,[5]) und
2. das Papiergeld, das nicht zu den Wertpapieren gehört, da in ihm ein Einlösungsrecht nicht verbrieft ist.[6])

Zu b) Die vom Gesetz in § 1 Abs. 1 aufgezählten Wertpapiere im Sinne des Depotgesetzes, bei denen es auf ihre Vertretbarkeit nicht ankommt, sind Aktien, Kuxe, Zwischenscheine, Reichsbankanteilscheine, Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine und auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen.[7]) Der Kreis dieser Werte ist gegenüber dem des Depotgesetzes von 1896 um die Zins- und Gewinnanteilscheine, wie auch um die Reichsbankanteilscheine erweitert worden, die man wegen der nur schlichten Übertragungswirkung ihrer Indossamente in den Kreis der depotrechtlich geschützten Werte aufgenommen hat.[8]) Der Ansicht von Opitz,[9]) daß die Aufzählung der Wertpapiere eine beispielsweise sei, kann ich mich nicht anschließen, denn es geht eindeutig aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 hervor, daß Wertpapiere im Sinne dieses Gesetzes

1. die daselbst aufgezählten Wertpapiere sind, deren Zahl sogar gegenüber dem Depotgesetz von 1896 um zwei vergrößert worden ist, bei denen es auf ihre Vertretbarkeit nicht ankommt, (daher sind sie auch einzeln aufgeführt) und

---

[2]) (Vgl. RGZ 15/59, 66/24).

[3]) (Vgl. §§ 1195, 795 BGB und RGZ 59/381).

[4]) (Banknoten sind Anweisungen der Notenbanken auf sich selbst über runde Summen, deren Betrag seitens der Bank dem Überbringer ausbezahlt werden muß.

[5]) (Vgl. Begründung des Depotgesetzes von 1896, S. 87 und § 700 BGB).

[6]) Papiergeld ist jedes in- und ausländische Zahlungsmittel, mag es als solches gesetzlich bestimmt oder nur zugelassen sein, wie z. B. die Rentenbankscheine. (Vgl. § 14 der Rentenbankverordnung vom 15. X. 1923, RGBl. I. S. 963). Man wird auch ausländische Werte den Schutz des Depotgesetzes genießen lassen müssen, sofern sie nach deutscher Anschauung vertretbare Wertpapiere sind.

[7]) (Vgl. dazu auch Opitz, Erl. Buch zum Depotgesetz, Bem. 2 zu § 1).

[8]) (Vgl. Opitz in BA XXIX/450, RGZ 22/185, JW 1937/513).

[9]) Vgl. in seinem Erl. Buch zum Depotgesetz Bem. 2b zu § 1.

2. alle vertretbaren Wertpapiere mit Ausnahme der Banknoten und des Papiergeldes. [10])

Diese Wertpapiere unterliegen den depotrechtlichen Vorschriften, sobald sie einem Verwahrer im Sinne dieses Gesetzes anvertraut werden. Aus der Bezeichnung „Verwahrer im Sinne dieses Gesetzes" wird allein schon ersichtlich, daß das Depotgesetz einen besonderen Verwahrerbegriff geprägt hat. Das neue Depotgesetz hat im Gegensatz zum Depotgesetz von 1896 den Verwahrerbegriff weiter gefaßt. „Verwahrer im Sinne dieses Gesetzes ist ein Kaufmann, dem im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung anvertraut werden." (§ 1 Abs. 2).

Das Depotgesetz von 1896 bestimmte in § 13, daß die Vorschriften des Gesetzes auf diejenige Klasse von Kaufleuten keine Anwendung finden sollte, für welche gemäß § 4 HGB die Vorschriften über die Handelsbücher keine Geltung haben, also auf die Minderkaufleute. Diese Bestimmung des § 13 ist in das neue Depotgesetz als überflüssig nicht übernommen worden, da die Minderkaufleute des § 4 HGB Depotgeschäfte nicht tätigen. In das Verwahrungsbuch sind die einzelnen Hinterleger, sowie Art und Nennbetrag oder Stückzahl, Nummer oder sonstige Bezeichnungsmerkmale der für sie verwahrten Wertpapiere einzutragen. Verwahrer im Sinne des neuen Depotgesetzes ist jeder Kaufmann; nicht etwa nur der bankgewerbliche Kaufmann.

Es unterfallen mithin dem Verwahrerbegriff des § 1 Abs. 2:

1. diejenigen Personen, die ein Handelsgewerbe der in § 1 HGB unter Nr. 1—9 aufgezählten Arten betreiben,
2. jedes gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und deshalb nach § 2 HGB als Firma in das Handelsregister eingetragen ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB nicht vorliegen,
3. land- und forstwirtschaftliche Betriebe, deren Firma nach den §§ 3 und 2 HGB in das Handelsregister eingetragen ist,
4. wie bereits erwähnt, die Minderkaufleute des § 4 HGB,
5. die Handelsgesellschaften, auf die nach § 6 HGB die Vorschriften über die Kaufleute Anwendung zu finden haben, [11])

---

[10]) Vgl. dazu auch Quassowski-Schröder, Kommentar zum Depotgesetz, Bem. Nr. 7 zu § 1).

[11]) Es haben bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 ff HGB) und bei der Kommanditgesellschaft (§ 161 ff HGB) die Firma und die Gesellschafter Kaufmannseigenschaft. Ausgenommen sind Kommanditisten, auch wenn sie für ihre Person Kaufmannseigenschaft haben. Die stille Gesellschaft als solche hat keine Kaufmannseigenschaft und der stille Gesellschafter, mag er auch selbst Kaufmann sein, trägt nicht die depotrechtliche Verantwortung für die Handlungen der Gesellschaft. Die Aktiengesellschaft (§ 178 ff HGB) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 ff HGB), sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 GmbH Ges.) und die eingetragene Genossenschaft (§ 17 Abs. 2 Gen.-Ges.) haben Kaufmannseigenschaft. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit besitzt, da sein Geschäftsbetrieb kein Handelsgewerbe nach § 1 HGB ist, nicht Kaufmannseigenschaft.

6. die öffentlich-rechtlichen Banken und Kreditinstitute, (§ 41)
7. das Reich, die Länder und die Kommunen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben. [12])

In Erweiterung kann der Reichsjustizminister im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister und dem Reichsfinanzminister nach § 42 weitere Bestimmungen erlassen, nach denen die Vorschriften des Depotgesetzes auch auf die Fälle Anwendung finden können, „in denen Kaufleute als Treuhänder für Dritte Wertpapiere besitzen oder erwerben, oder Beteiligungen oder Gläubigerrechte ausüben oder erwerben, oder in öffentliche Schuldbücher oder sonstige Register eingetragen sind." Unter eine Ergänzungsregelung können auch die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren im Ausland fallen, die noch einer gesetzlichen Sonderregelung harren. Es würde sich dann auf diese Weise der Schutz der depotgesetzlichen Bestimmungen nicht nur auf die eigentlichen Depots erstrecken, sondern auch auf andere Rechtsgebilde, die die gleichen Funktionen wie die Wertpapiere ausüben. [13])

Dem Kaufmann, der Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes sein soll, müssen Wertpapiere im Betriebe seines Handelsgewerbes unverschlossen zur Verwahrung anvertraut werden. Das Depotgesetz stellt in § 1 Abs. 2 die Forderung auf, daß das Anvertrauen „im Betriebe seines Handelsgewerbes" erfolgen müsse, sodaß, wären auch alle anderen Forderungen erfüllt, fehlte aber diese eine, der Kaufmann nicht Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes sein könnte. In diesem Falle greift jedoch die Bestimmung des § 344 HGB Platz, in dem die Vermutung aufgestellt wird, daß alle von einem Kaufmann getätigten Geschäfte im Zweifel als „im Betriebe seines Handelsgewerbes" abgeschlossen zu gelten haben. Hat also der Kaufmann die Wertpapiere z. B. als Vormund anvertraut erhalten, d. h. nicht „im Betriebe seines Handelsgewerbes", was ein Dritter natürlich nicht ohne weiteres wissen kann, so gilt er nach dem Gesagten trotzdem als Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes, da die Vermutung des § 344 HGB bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen für ihn auch die genannte Voraussetzung für das Vorliegen der Verwahrereigenschaft erfüllt sein läßt.

---

[12]) Den Postverwaltungen wird nach § 452 HGB keine Kaufmannseigenschaft zugesprochen.

[13]) (Vgl. dazu die Ausführungen von Opitz in seinem Erl.Buch zum Depotgesetz zu § 42, nach denen z. B. auch der Schuldbuchgiroverkehr, der Treugiroverkehr, der Kuxengiroverkehr, der Jungschein- und der Treuhandgiroverkehr in ausländischen Zertifikaten deutscher Stadtanleihen dann den depotrechtlichen Bestimmungen unterliegen würden. Dazu gehören aber nicht die zum Verkauf oder zu einem Einziehungsgeschäft anvertrauten Wertpapiere, „es sei denn, daß sich die Verwahrerpflicht als Nebenpflicht ergibt, z. B., wenn sich die Erledigung des Geschäfts länger als vorgesehen oder zu erwarten war, hinzieht." S. auch Opitz im Wirtschaftsbl. der Industrie- und Handelskammer 1937, Heft 34, S. 1523 ff. ferner auch: Gerstner, „Der Effektentreugiroverkehr", in „Zahlungsverkehr und Bankbetrieb 1937, Nr. 12 S. 247 ff.

Diese Wertpapiere müssen dem Kaufmann weiterhin zum Zwecke der Verwahrung anvertraut sein. Was aber bedeutet Verwahrung? Es finden hierbei die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze Anwendung. Verwahrung bedeutet demnach Übergabe einer Sache mit dem beiderseitigen Willen zur Aufbewahrung (§ 688 BGB). Die Übergabe besteht in der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, also in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes (§ 854 BGB). Unter Verwahrung ist zunächst einmal die unmittelbare Verwahrung zu verstehen, d. h. die unmittelbare Besitzübertragung durch Übergabe der Wertpapiere seitens des Hinterlegers an den Kaufmann, wobei dieser also die Verwahrung selbst vornimmt. Dann aber ist darunter auch die mittelbare Verwahrung zu verstehen, die in § 3 als Zwischenverwahrung bezeichnet wird, wenn also der Verwahrer die Wertpapiere einem Dritten zur unmittelbaren Verwahrung überträgt (§ 868 BGB). Auch der Zwischenverwahrer hat die Rechte und Pflichten eines Verwahrers mit Ausnahme derjenigen, die den unmittelbaren Verwahrer nur persönlich treffen können, wie z. B. die Verpflichtung zur Sonderverwahrung. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob die Verwahrung bei dem zwischen dem Hinterleger und dem Verwahrer abgeschlossenen Vertrage die Haupt- oder nur eine Nebenverpflichtung [14]) darstellt; denn durch das neue Depotgesetz soll ja die Rechtsstellung des Hinterlegers gesichert werden und der Zweck des Depotgesetzes, den Kundenschutz zu erhöhen, tut es auch in diesem Falle. Ob die Verwahrung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, spielt für die Eigenschaft als Verwahrer keine Rolle, sondern nur für die Haftung. Ist die Verwahrung unentgeltlich (§ 690 BGB), so haftet der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 BGB, § 347 Abs. 2 HGB), ohne etwa von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit befreit zu sein (§ 227 BGB). Ist die Verwahrung entgeltlich übernommen, so haftet er für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§§ 690, 276 BGB) und hat die Sorgfalt anzuwenden, die von einem ordentlichen Kaufmann verlangt werden kann (§ 347 HGB). Für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen oder seines gesetzlichen Vertreters hat er wie für eigenes Verschulden einzustehen (§ 278 BGB). Für die bankgewerblichen Geschäfte spielt die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit aber insofern keine Rolle, als nämlich hier, selbst mangels besonderer Vereinbarung, eine Vergütung, — weil üblich —, als stillschweigend vereinbart gilt (§§ 689 BGB, 354 HGB).

Es soll schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß das Depotgesetz den Verwahrerbegriff nicht etwa so eng faßt, daß darunter nur der Kaufmann zu verstehen wäre, der in gegenseitigem [15]) Vertragsverhältnis Wertpapiere t a t s ä c h l i c h aufbe-

[14]) wenn z. B. im Anschaffungsgeschäft die für den Kunden angeschafften Wertpapiere ihm schon übereignet, aber noch nicht übersandt worden sind, d. h., sich noch im Besitz des Kommissionärs (Bank) befinden.

[15]) d. h.: Auch der Kaufmann ist Verwahrer i. S. des Depotgesetzes, der z. B. sämtliche Kundenwerte einem Dritten entsprechend § 3 oder § 12 Abs. 1 weitergegeben hat, also nicht selbst verwahrt. Die Voraussetzung für das Vorliegen der

wahrt (§ 2). Es ist vielmehr auch Verwahrer, wer schon Wertpapiere zu verwahren pflegt (§§ 3 und 12 Abs. 1).

Anvertraut sind dem Verwahrer die Werte dann, wenn er unmittelbaren Besitz erlangt hat (§ 868 BGB) dadurch, daß sie der Hinterleger selbst eingereicht oder übersandt hat, oder sie durch einen Dritten hat einreichen oder übersenden lassen, oder dadurch, daß sie zwar im Anschluß an ein Anschaffungsgeschäft dem Kommittenten übereignet worden, aber im Besitz des Kommissionärs geblieben sind.[16]) Sind Wertpapiere weder zum Zwecke der Verwahrung anvertraut, noch zum Zwecke der Vornahme der in den weiteren depotrechtlichen Bestimmungen (§§ 17, 29, 31) genannten Geschäfte, so kann der Empfänger der Werte diesem Vertragspartner gegenüber nicht Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes sein. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn dem Kaufmann ein Nießbrauch an den Werten eingeräumt und ihm an den dazugehörigen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen Besitz übertragen worden ist (§ 1081 BGB), oder wenn fällige Zins- oder Gewinnanteilscheine ohne Mäntel zum Zwecke der sofortigen Einziehung übergeben worden sind.[17]) Anders ist es dagegen, wenn diese Papiere erst später fällig werden. Bis zum Tage der Fälligkeit wird dann der Empfänger als Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes anzusehen sein. Nicht Verwahrer ist der Empfänger z. B. weiterhin, wenn er Wertpapiere zum alsbaldigen Umtausch erhalten hat, oder wenn er als Verkaufskommissionär Wertpapiere nicht zur Verwahrung erhalten hat, sondern zum alsbaldigen Verkauf.

Bei dem Begriffe des Anvertrauens zum Zwecke der Verwahrung genügt die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache durch den Verwahrer (§ 868 BGB), wobei es dann gleichgültig sein dürfte, ob der Verwahrungsvertrag z. B. aus irgend einem

depotrechtlichen Verwahrereigenschaft ist mithin auch für den Kaufmann gegeben, der sonst aufzubewahren pflegt, der — wenn er es will — tatsächlich aufbewahren kann. Diese Erkenntnis kann von Bedeutung sein, wenn an ein solches Kreditinstitut, das im Augenblick Kundenwerte nicht aufbewahrt, Wertpapiere von einem anderen Kreditinstitut entspr. § 3 Abs. 1 S. 1 zur Drittverwahrung weitergegeben werden sollen; denn auch dieser Dritte muß Verwahrer i. S. des Depotgesetzes sein.

[16]) Daß der Gesetzgeber den Begriff des Anvertrauens gewählt hat statt dem des Übergebens (in Anlehnung an § 688 BGB), läßt erkennen, daß die Verwahrungsgeschäfte über Wertpapiere ein besonderes Vertrauensverhältnis begründen sollen, auf das bei der Erfüllung und der Auslegung dieser Wertpapierverwahrungsgeschäfte besonderes Gewicht gelegt werden soll.

[17]) Das steht nicht etwa im Widerspruch zu der voraufgehend aufgestellten Behauptung, daß die Verwahrung nicht Hauptverpflichtung zu sein braucht, sondern auch Nebenverpflichtung sein könne, um den Kaufmann dem depotrechtlichen Verwahrerbegriff zu unterstellen; denn es handelt sich bei den angeführten Beispielen um keine Depotgeschäfte, sondern lediglich um bürgerlich-rechtliche Vorgänge, die allein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sind. Eine Verwahrung ist auch garnicht gewollt.

An sich kann natürlich ein Hingeben von Wertpapieren auch ein Anvertrauen als Nebenrecht enthalten. Ob aus dem zunächst depotrechtlich nicht geschützten Recht dann auch ein Anvertrauen als Nebenrecht entsteht, wird aber Tatfrage sein. Die Entscheidung liegt da, wo die Schutzbedürftigkeit beginnt.

Grunde nichtig ist. Diese nach bisheriger Auffassung zweifelhafte Folgerung wird man heute unter dem Gesichtspunkt des Kundenschutzes ziehen dürfen und müssen. Das ganze Depotgesetz ist darauf abgestellt, einen erhöhten Kundenschutz zu geben, der gerade auch in diesen Fällen gesichert werden muß. Weder der Wortlaut, noch der Sinn und Zweck des Gesetzes sprechen gegen diese Auffassung. Das Gesetz hat dann diese Regelung des Anvertrauens zum Zwecke der Verwahrung erweitert ausgedehnt auch auf das Verpfändungsgeschäft und auf das Anschaffungsgeschäft. Es gilt daher als Verwahrer im Sinne dieses Gesetzes auch derjenige Kaufmann, dem Werte als Pfand anvertraut werden (§ 17), ferner nach § 29 der Kommissionär, der trotz Übertragung des Eigentums oder Miteigentums auf den Kommittenten noch Besitzer der Werte geblieben ist, und endlich nach § 31 der Eigenhändler und der Kommissionär, der ein Einkaufs- oder Umtauschgeschäft durch Selbsteintritt ausgeführt hat und noch Besitzer der Werte ist. Dem Verwahrer, also dem Kaufmann, sind Wertpapiere nicht anvertraut, wenn ihm z. B. zur unregelmäßigen Verwahrung des § 15 Werte übergeben worden sind, da hierbei der Bankier durch Einlieferung der Wertpapiere oder Sammeldepotgutschrift sofort Eigentum erwirbt, sobald er den Besitz oder Mitbesitz erlangt und der Eigentumserwerb der Verwahrereigenschaft entgegensteht. Werden dagegen Wertpapiere, die sammelverwahrt werden sollen, einer Bank zur Weitergabe an eine Wertpapiersammelbank übergeben, so sind sie anvertraut, ebenso, wie wenn Wertpapiere aus dem Sammelbestand eines Dritten zwar schon ausgesondert, aber noch nicht ausgeliefert sind.

Als weiteres Erfordernis für das Vorhandensein der Verwahrereigenschaft verlangt das Depotgesetz, daß die Werte unverschlossen anvertraut werden. Sie dürfen also nur in offenem Depot hinterlegt werden, nicht etwa als verschlossene Einlage oder im Schrankfach aufbewahrt werden.[18]) Diese beiden Arten der Aufbewahrung gehören zu den Tresorgeschäften, nicht aber zu den eigentlichen Bankgeschäften. Zu ihnen zählen vielmehr nur der Handel mit Geld und Wertpapieren, und die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren.

Die Sonderverwahrung (§ 2).

Die Verwahrung findet ihre allgemeine gesetzliche Regelung in den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 688 ff. Dabei wird

---

[18]) Eine verschlossene Einlage liegt dann vor, wenn Werte der Kunden der Bank in verschlossenem Zustande (Korb, Paket, Koffer u. ä.) übergeben werden. Deren Öffnung ist der Bank nicht oder nur mit Genehmigung des Kunden erlaubt. Den Inhalt kennt die Bank nicht.

Ein Schrankfachvertrag liegt dann vor, wenn ein Depotkunde sich ein Tresorfach der Bank mietet, um darin seine Werte zu deponieren. Das Tresorfach kann er entweder allein oder nur mit Hilfe der Bank sich zugängig machen. (Vgl. dazu die Ausführungen von Opitz, „Verschlossene Einlage und Schrankfachvertrag" in seinem Erl.Buch zum Depotgesetz, Anhang zu § 1).

ersichtlich, daß in den §§ 668—699 die Verwahrung behandelt wird, bei der ein Eigentumsübergang von seiten des Anvertrauenden auf den Verwahrer oder einen Dritten nicht erfolgt, während in § 700 BGB die Vereinbarung eines Eigentumsüberganges getroffen wird. Entsprechend dieser allgemein-rechtlichen Regelung der Verwahrung kennt das Depotgesetz bei der Verwahrung von Wertpapieren die sogenannte regelmäßige Verwahrung, der die Regelung der §§ 688—699 BGB zugrundeliegt, und die unregelmäßige Verwahrung, die der Regelung des § 700 BGB entspricht.

Am Anfang der Bestimmungen über die einzelnen Verwahrungsarten von Wertpapieren behandelt das Depotgesetz die der regelmäßigen Verwahrung, während es erst in § 15 die sogenannte unregelmäßige Verwahrung behandelt.

Bei der regelmäßigen Verwahrung hinwiederum stellt das Gesetz allen ihren Arten voran die Sonderverwahrung des § 2. „Daraus ist ersichtlich", wie es in der amtlichen Begründung zu § 2 heißt, „daß die Sonderverwahrung die Grundform der Verwahrungsgeschäfte ist, die im Zweifel stets durchzuführen ist, und von der nur bei Vorliegen besonderer Vereinbarungen nach den Vorschriften des Entwurfs [1]) abgewichen werden darf. Diese Form der Verwahrung muß schon deshalb den Ausgangspunkt der gesetzgebenden Regelung bilden, weil sie nicht nur die Form ist, bei der die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse am klarsten hervortreten, sondern vor allem deshalb, weil bei der Sonderverwahrung der Hinterleger Eigentümer des von ihm dem Verwahrer übergebenen Stückes bleibt."

Das Wesen der Sonderverwahrung besteht darin, daß die Wertpapiere im sogenannten Streifbanddepot aufbewahrt werden, (Bänderung der Papiere) d. h., daß die Wertpapiere jedes einzelnen Kunden mit einem Streifband umlegt werden, auf dem Inhalt und Eigentümer angegeben sind, so daß eine gesonderte Aufbewahrung der Wertpapiere jedes einzelnen Depotkunden, gesondert von denen anderer und den eigenen Beständen des Verwahrers, damit ermöglicht wird.

Der Zweck der Sonderverwahrung ist der, durch die gesonderte Aufbewahrung klare Eigentumsverhältnisse für die Hinterleger wie für den Verwahrer zu erhalten, die auch für den eventuellen Fall des Konkurses des Verwahrers die Feststellung der Aussonderungsberechtigten und ihrer Aussonderungsrechte erleichtern. [2])

Die Sammelverwahrung (§§ 5—9).

Der Sonderverwahrung gleichgestellt ist durch ihre Regelung in den §§ 5—9 die Sammelverwahrung als eine Art der regelmäßi-

---

[1]) Die Begründung spricht unverständlicherweise auch von dem Gesetz als noch von dem Entwurf.

[2]) (Vgl. auch die Begründung zum Depotgesetz von 1896, S. 75, und die zum neuen Depotgesetz zu § 2. Wegen des Konkursvorrechts des Hinterlegers bei einer rechtswidrigen Verfügung des Verwahrers vgl. § 32.)

gen Verwahrung.[1]) Auch zur Geltungszeit des Depotgesetzes von 1896 war in der Praxis eine Sammelverwahrung üblich und nach den allgemeinen Bestimmungen über die Verwahrung viel gebraucht, obwohl sie eine ausdrückliche depotgesetzliche Regelung erst im neuen Depotgesetz gefunden hat.[2]) Insofern ist auch die Ausdrucksweise von Fischer[3]) zumindest ungenau, wenn er sagt: „Neu ist ferner die Einstellung des Gesetzes zur Sammelverwahrung und die Regelung ihrer Voraussetzungen." Die depotgesetzliche Regelung der Sammelverwahrung ist überhaupt neu. Daß sich der Gedanke der Sammelverwahrung damals schon durchsetzen konnte und Anerkennung bei Praxis, Rechtslehre und Rechtsprechung hat finden können,[4]) ist in hervorragendem Maße ein Verdienst von Opitz gewesen, der im Schrifttum über die Sammelverwahrung führend gewesen ist.[5]) Die nunmehrige gesetzliche Regelung der Sammelverwahrung kann als eine Bestätigung der von der Rechtslehre und Praxis auf- und ausgebauten Sammeldepotlehre angesehen werden. Das Vorbild für die Entwicklung des Gedankens einer Wertpapiersammelverwahrung ist die Bestimmung des § 419 HGB gewesen.[6]) Die ersten praktischen Anfänge einer Wertpapiersammelverwahrung waren bei dem Wiener Giro- und Kassenverein und der Bank des Berliner Kassenvereins gemacht worden.[7]) Seit 1925 wurde die Sammelverwahrung bei Effektengirobanken, den jetzigen Wertpapiersammelbanken, auch für die Kundenwerte eingeführt. Das Wesen der Sammelverwahrung besteht darin, daß die von den verschiedenen Hinterlegern mit der Ermächtigung zur Sammelverwahrung eingelieferten vertretbaren Wertpapiere ein-und-derselben Art[8]) in einem Sammeldepot entsprechend § 419 HGB von dem Verwahrer selbst oder as Zwischenverwahrer bei einem Drittverwahrer verwahrt werden, ungetrennt von den Werten derselben Art anderer Depotkunden, die die

---

[1]) (Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Dpotgesetz Vorbem. 3 zu § 5. Auch beim Anschaffungsgeschäft ist durch die gesetzliche Regelung des § 24 die Lieferung von Sammeldepotanteilen neben der Absendung des Stückeverzeichnisses (§ 18 Abs. 3) und der Bänderung der Papiere (§§ 688, 868, 930, 181 BGB; RGZ 52/130, 37/418) als gleichwertige Art der Eigentumsverschaffung zugelassen.

[2]) (Vgl. Opitz Erl.Buch zum Depotgesetz, Vorbem. 1 zu § 5).

[3]) (Akademie für deutsches Recht 1937, Heft 20).

[4]) (Vgl. dazu die von Opitz in seinem Erl.Buch zum Depotgesetz, Vorbem. 2 zu § 5 angegebene zahlreiche Rechtsprechg.).

[5]) (Vgl. dazu das von Opitz in seinem Erl.Buch zum Depotgesetz, Vorbem. 1 zu § 5 zusammengestellte Schrifttum über die Sammelverwahrung.)

[6]) (Vgl. Opitz-Schultz in JW 1926/474 Anm. 15).

[7]) (Vgl. Lengeling: „Der Giroverkehr in Deutschland", Diss. Münster 1929; S. 56 ff. Kiesow: „Rechtstellung und Aktionärsrechte der Sammeldepotbeteiligten". Diss. Erlangen 1927; S. 7 ff. Schultz-Opitz: „Sammeldepot beim Kassenverein". Sonderbeilage zum BA. Nr. 16 vom 15. Mai 1925).

[8]) Opitz spricht in seinem Er.Buch zum Depotgesetz in Bem. 4 zu § 5 daher auch absichtlich von „Einartigkeit" sammelverwahrter Wertpapiere und nicht von Gleichartigkeit. Ebenso lehnt er den Begriff Gattung, als auch im Gesetz mit Recht vermieden und als ungenau ab. (Vgl. dazu § 5 Abs. 1 und 4, § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 2 und 3, §§ 11, 13, 14, 15 Abs. 2, § 32 Ab. 3 und § 34 Abs. 1).

gleiche Ermächtigung erteilt haben und ungetrennt von den Werten des Verwahrers. Durch die Einlagerung der Werte im Sammeldepot bleibt das Eigentum an den hinterlegten Werten den einzelnen Hinterlegern erhalten, aber es steht nicht mehr jedes einzelne Wertpapier im Alleineigentum seines Hinterlegers, sondern von jetzt an im Miteigentum der bisherigen Eigentümer, in einer Bruchteilsgemeinschaft (§§ 1008, 1011, Satz 1, 741 ff. BGB). Es verwandelt sich also Alleineigentum in Miteigentum, Alleinbesitz in Mitbesitz (§§ 868, 866 BGB). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Umwandlung der Eigentumsrechte, die sich mit dem Eingang der Werte beim Sammelverwahrer vollzieht, auf Vermischung oder auf Vertrag beruht, nachdem sie ihre originär gesetzliche Begründung in der Bestimmung des § 6 Abs. 1, S. 1 gefunden hat, der gleichzeitig die Vermutung des § 742 BGB widerlegt. Gegenstand der Eigentumsübertragung ist der Miteigentumsanteil, für dessen Bestimmung der Nennbetrag der Wertpapiere, und, wenn diese ohne Nennbetrag sind, die Stückzahl maßgebend ist. Ein Beispiel dürfte die deutlichste Erklärung des Vorganges geben:

A liefert 3 Wertpapiere derselben Art ein,

B liefert 2 Wertpapiere derselben Art ein.

An den fünf Einheiten sind nunmehr beteiligt:

A mit $^3/_5 \times 5$ Einheiten,

B mit $^2/_5 \times 5$ Einheiten.

Es liefert nunmehr C in diesen Bestand fünf weitere Einheiten ein. An den nunmehr zehn Einheiten sind beteiligt:

A mit $^3/_{10} \times 10$ Einheiten,

B mit $^2/_{10} \times 10$ Einheiten,

C mit $^5/_{10} \times 10$ Einheiten.

Die Eigentumsumwandlung vollzieht sich nun folgendermaßen:

C behält von seinem Eigentum an jeder der 5 von ihm eingelieferten Einheiten $^5/_{10}$, also $^5/_{10} \times 10$ Einheiten. Die weiteren $^5/_{10}$ an jeder der von ihm eingelieferten Einheiten gehen auf A und B über, u. zw. im Verhältnis von 3:2.

C erhält dagegen hinzu:
von dem Anteil des A $^5/_{10} \times {}^3/_5 \times 5$ Einheiten, und
von dem Anteil des B $^5/_{10} \times {}^2/_5 \times 5$ Einheiten,

zusammen also $^5/_{10}$ (5 Einh. + $^3/_5 \times 5$ Einh. + $^2/_5 \times 5$ Einh.) =
$^5/_{10}$ (5 Einh. + 3 Einh. + 2 Einh.) =
$^5/_{10} \times 10$ Einheiten.

B behält nach der Abgabe von $^5/_{10}$ seines ideellen Teils an den Einheiten des bisherigen Sammelbestandes noch $^5/_{10}$, also: $^5/_{10} \times {}^3/_5 \times 5$ Einh. $= {}^3/_{10} \times 5$ Einheiten.
Es kommen hinzu aus der Neueinlieferung:

$^3/_{10} \times 5$ Einheiten

zusammen also $^3/_{10}$ (5 Einh. + 5 Einh.) =
$^3/_{10} \times 10$ Einheiten.

C behält nach Abgabe von $^5/_{10}$ seines ideelen Teils an den Einheiten des bisherigen Sammelbestandes noch $^5/_{10}$ übrig, also:

$^5/_{10} \times {}^2/_5 \times 5$ Einh. $= {}^2/_{10} \times 5$ Einheiten.

Dazu kommen aus der Neueinlieferung:

$^2/_{10} \times 5$ Einheiten,

zusammen also $^2/_{10}$ (5 Einh. + 5 Einh.) =

$^2/_{10} \times 10$ Einheiten.

[9])

Der Herausgabeanspruch richtet sich, sofern der Lokalbankier anvertraute Wertpapiere zur Sammelverwahrung an einen Zentralbankier weitergegeben hat, sowohl gegen den Lokalbankier als mittelbaren, als auch gegen den Zentralbankier als unmittelbaren Besitzer.[10]) Gegenstand des Anspruchs sind die eingelieferte Menge, nicht die eingelieferten Stücke, denn dem Hinterleger steht nur sein Anteilsbetrag zu.[11]) Auch hier ist Fischer[12]) im Ausdruck zumindest wieder ungenau, wenn er sagt: „Unbeschadet bleibt natürlich das Recht der Kunden, Auslieferung der Stücke oder Schaffung eines Sonderdepots zu verlangen."

Eine dem § 6 entsprechende Bestimmung über die Rückumwandlung von Miteigentum des Sammelbestandes in Alleineigentum fehlt, kann aber wohl entsprechend gefolgert werden.[13]) Der Hinterleger besitzt bei der Sammelverwahrung wie bei der Sonderverwahrung weiter ein dingliches Recht im Gegensatz zur unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 Abs. 1, S. 1 BGB und § 15 Abs. 1 Dep. Ges.), bei der für den Hinterleger nur ein schuldrechtlicher An-

---

[9]) (Vgl. dazu auch die Beispiele von Opitz in seinem Erl.Buch zum Depotgesetz in den Bemerkungen zu den §§ 6—8).

[10]) (Vgl. RGZ 105/21 und RGRK Anm. 2 zu § 985 BGB).

[11]) (Vgl. dazu § 7 Abs. 1 in Verb. mit § 8. Ferner Opitz-Schultz in JW 1926/476).

[12]) (Vgl. Akademie für Deutsches Recht 1937, Heft 20).

[13]) vgl. die Darstellung S. 18/19.

Es wird lediglich in § 7 Abs. 1 i. V. mit § 6 Abs. 2 gesagt, daß der Hinterleger verlangen kann, daß ihm aus dem Sammelbestand Wertpapiere in Höhe des Nennbetrages, bei Wertpapieren ohne Nennbetrag in Höhe der Stückzahl der für ihn in Verwahrung genommenen Wertpapiere ausgeliefert werden. Die von ihm eingelieferten Stücke kann er nicht zurückfordern.

Der Sammelverwahrer kann aus dem Sammelbestand dann die dem Hinterleger gebührende Menge ausliefern, ohne daß es hierzu der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf.

In diesen depotrechtlichen Bestimmungen erhalten die Vorschriften des § 749 ff. BGB eine speziellrechtliche Regelung, die auch das dem Hinterleger nach § 695 BGB zustehende Recht umwandelt. Es vollzieht sich die Auseinandersetzung für den einzelnen Hinterleger, ohne daß die übrigen Sammeldepotbeteiligten mitzureden haben. Der Anspruch des Hinterlegers gegen den Verwahrer richtet sich auf Herausgabe seines Miteigentumsanteils, der bei der Leistung durch den Verwahrer sich in Wertpapieren von der eingelieferten Art darstellt.

Der Anspruch kann nicht allein dem Verwahrer, sondern auch dem Dritten gegenüber geltend gemacht werden. (Vgl. RGRK Anm. 1 zu § 691 BGB und Planck 4. Aufl. Anm. 1 zu § 691 BGB.)

spruch auf Rückgewähr einer gleichen Menge gleichartiger Wertpapiere, wie es die hinterlegten waren, bestehen bleibt. Es besteht deshalb bei dem Konkurs des Verwahrers für den Hinterleger in Sammeldepot ein Aussonderungsrecht[14]) wie bei der Sonderverwahrung, während es bei der unregelmäßigen Verwahrung nicht besteht. Hierbei muß er sich mit der Konkursquote begnügen.

Da bei der Sammelverwahrung der Hinterleger sein Sondereigentum verliert und dafür Miteigentum erhält, hat das Gesetz[15]) eine für jedes Verwahrungsgeschäft besonders zu erteilende ausdrückliche und schriftliche Ermächtigung des Hinterlegers vorgeschrieben, in der nicht auf andere Urkunden verwiesen werden und die nicht in den Geschäftsbedingungen enthalten sein darf (Formstrenge! § 5 Abs. 1, S. 2). Nur wenn die Wertpapiere Wertpapiersammelbanken anvertraut werden sollen, was die Praxis bevorzugt, genügt eine einmalige Ermächtigung hierzu (§ 5 Abs. 1, S. 3), und zwar aus dem Gesichtspunkte heraus, weil entsprechend dem Charakter dieser Institute als Wertpapiersammelbanken das Hinterlegungsgeschäft zur Sammelverwahrung zwingt und ohne die Ermächtigung dem Verwahrer sowieso nicht freigestellt ist, ob er sonder- oder sammelverwahren will, sondern eben sammelverwahren m u ß.[16]) Von einer Sammelbankverwahrung, bzw. einer Girosammelverwahrung, spricht man dann, wenn Aufbewahrungsstelle eine Wertpapiersammelbank sein soll, wie sie in § 1 Abs. 3 bezeichnet ist.

Das Gegenstück hierzu ist die H a u s s a m m e l v e r w a h r u n g (Haussammeldepot), wenn also der Verwahrer bei sich, d. h. im eigenen Hause, sammelverwahrt, oder die Werte einem anderen Verwahrer, der nicht Wertpapiersammelbank ist, zur Drittverwahrung übergibt.

Die Wertpapiersammelbanken sind eine von den Banken gemeinsam benutzte Aufbewahrungsstelle für Kundenwerte. Die Übertragung von Wertpapieren an die Wertpapiersammelbanken zur Girosammelverwahrung erfolgt ohne effektive Versendung, vielmehr durch Übertragung der Sammeldepotanteile.[17]) Die Über-

---

[14]) Durch die Anwendung des Depotgesetzes als Spezialgesetz ist § 744 BGB nicht anzuwenden. Es steht jedem Hinterleger für seinen Anteil ein Aussonderungsrecht zu auf die entsprechende Menge des Depots oder noch vorhandenen Depots. Für den Hinterleger gilt § 7, für den Eigentümer und Pfandgläubiger § 8 Depotgesetz.

[15]) weil sich das Eigentum in seiner Gestaltung verändert.

[16]) Im Kommissionsanschaffungsgeschäft bedarf es auch nicht dieser Ermächtigung, wenn die stückelose Lieferung durch Gutschrift auf Girosammeldepotkonto erfolgt. (Vgl. § 24 Abs. 1 und die Ausführungen von Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34.)

[17]) Die stückelose Lieferung, — das Gegenstück zum bargeldlosen Zahlungsverkehr — die Umbuchung der Effektenposten (Gutschrift und Lastschrift) im Verkehr der Banken untereinander durch Vermittlung einer Wertpapiersammelbank, an die die Banken als Effektengirokunden angeschlossen sind, nennt man: E f f e k t e n g i r o v e r k e h r.
Wird die stückelose Lieferung durch mehrere Wertpapiersammelbanken vermittelt,

tragung wird veranlaßt durch roten Effektenscheck „während durch weißen Scheck ein Dritter vom Eigentümer zur Entnahme der Sammeldepotanteile ermächtigt wird, und durch grünen Scheck die Verpfändung von Sammeldepotanteilen veranlaßt wird.[18]) Daß diese Schecks nicht den Charakter von Schecks im Sinne des Scheckgesetzes haben, sondern lediglich Umbuchungs- bzw. Aushändigungsaufträge sind, ergibt sich allein schon aus ihrer Zweckbestimmung.[19])

Als Wertpapiersammelbanken sind folgende Banken bestimmt worden:[20])

1. Bank des Berliner Kassenvereins, Berlin;
2. Breslauer Kassenverein und Effektengirobank zu Breslau;
3. Dresdner Kassenverein Aktiengesellschaft, Dresden;
4. Rheinisch-Westfälischer Kassenverein Aktiengesellschaft, Essen;
5. Frankfurter Bank, Frankfurt a. M.;
6. Liquidationskasse in Hamburg Aktiengesellschaft;
7. Kölner Kassenverein Aktiengesellschaft, Köln;
8. Leipziger Kassenverein Aktiengesellschaft, Leipzig;
9. Münchener Kassenverein Aktiengesellschaft, München;
10. Stuttgarter Kassenverein und Effektengirobank Aktiengesellschaft, Stuttgart.

Als Ermächtigung zur Sammelverwahrung gelten folgende Erklärungen:[21])

I) Zur Girosammelverwahrung.

„Ich — Wir — ermächtige . . Sie, die Ihnen jeweils von mir zur Aufbewahrung anvertrauten Wertpapiere durch eine Wertpapiersammelbank sammelverwahren zu lassen."

II) Zur Haussammelverwahrung.

„Ich — Wir — ermächtige . . Sie, die nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten —, Ihnen von mir zur Aufbewahrung anvertrauten Wertpapiere auch ohne Vermittlung einer Wertpapiersammelbank in Sammelverwahrung zu nehmen oder einem Dritten zur Sammelverwahrung anzuvertrauen."

---

so spricht man von:
Effektenferngiroverkehr.
(Vgl. dazu die ausführliche Darstellung von Opitz in BA. XXVI/238 ff., BA. XXV/403 ff.; Beseler in BA. XXV/15; Schmidt: „Der deutsche Effektengiroverkehr", Diss. Würzburg 1928, S. 72.)

[18]) (Vgl. die Geschäftsbestimmungen der Bank des Berliner Kassen-Vereins, §§ 95 ff.)

[19]) Vgl. dazu auch die Ausführungen von Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1937, Heft 34, und die Bemerkungen zu den §§ 6—8 in seinem Erläuterungsbuch zum Depotgesetz.

[20]) (Vgl. die Bekanntmachung vom 1. V. 1937. RGBl. I S. 558.)

[21]) Vgl. die Formularentwürfe im Rundschreiben Nr. 49 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe vom 24. III. 1937.

Praktische Schwierigkeiten treten also, wie gesehen, bei der Durchführung der Sammelverwahrung nicht in Erscheinung. Dagegen sind rechtliche Bedenken, welche die dingliche Seite des Rechtsgeschäfts betreffen, geltend gemacht worden und haben auch bereits zu wissenschaftlichen Auseinandersetzungen [22]) in den Fällen geführt, in denen zwischen Hinterleger und Sammelverwahrer ein oder mehrere Kreditinstitute zwischengeschaltet sind, welche die Vermittlung der Sammelverwahrung bei einem Dritten vorzunehmen haben. Es sind dies die Fälle, in denen das Kreditinstitut, dem Kundenwerte anvertraut worden sind, auf Grund der ihm erteilten Ermächtigung zur Sammelverwahrung diese Werte bei einem anderen Verwahrer, der auch Wertpapiersammelbank sein kann, [23]) verwahren lassen will, oder in denen vom Hinterleger dem vermittelnden Kreditinstitut Wertpapiere mit der ausschließlichen Ermächtigung zur Girosammelverwahrung anvertraut worden sind. Diese Bestände an Wertpapieren, welche für die vermittelnde Bank nur Durchgangsposten sind, — zur Weiterleitung bestimmt — bezeichnete man in der Bankpraxis schon immer als Handbestände. Diese Handbestände befinden sich entsprechend ihrer Natur immer in Bewegung, und zwar bei der Einlieferung entweder nach einer anderen Bank, die nicht Wertpapiersammelbank zu sein braucht, zur Haussammelverwahrung oder nach einer Wertpapiersammelbank zur Girosammelverwahrung. Bei der Auslieferung gehen die Werte denselben Weg zurück.

Bezüglich ihres Umfanges sind die Handbestände je nach der Höhe der Einlieferungen bzw. der Auslieferungen Schwankungen unterworfen, die aber nach oben hin durch die neuen Richtlinien für die Depotprüfung eine Begrenzung erhalten haben.

Es hat diese Handbestände, wie gesagt, immer schon gegeben, [24]) denn es ist ein technisches Erfordernis der Praxis, die Werte, die zur Weiterleitung bestimmt sind, bis zur Weiterleitung zu bearbeiten [25]) und damit gleichzeitig zu verwahren.

---

[22]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotges. Nr. 14 u. 15 zu § 5, BA XXXVI/336, Quassowski-Schröder, Kommentar zum Depotges. Anm. 7 zu § 5, ders. in DJ 1937/658 u. 1347, in BA XXXVII/196 ff.

[23]) Die Ermächtigung zur Haussammelverwahrung nach § 5 Abs. 1 umfaßt gleichzeitig auch die zur Girosammelverwahrung, während die letztere, als die engere Ermächtigung, dies nicht tut und zur Girosammelverwahrung zwingt, sobald sich der Bankier zur Sammelverwahrung entschlossen hat. Vorher allerdings steht ihm die Wahl der Verwahrungsart frei. (Ebenso auch Schröder, Opitz und die Banken in ihren Geschäftsbedingungen.) Dieses Wahlrecht wird man aber z. B. dem Zentralbankier nicht mehr einräumen dürfen, wenn sich der Lokalbankier durch schlüssige Handlungen (z. B. Hereinnahme der Werte in Vorgirodepot und Buchung auf Girosammeldepotkonto) für die Girosammelverwahrung entschieden hat. Es liegt dann ein Auftrag vor, den der Zentralbankier entweder annehmen oder nur im ganzen, also für das Verwahrungsgeschäft überhaupt, ablehnen kann.

[24]) Auch die Rspr. hat ihr Vorhandensein als nicht nur notwendig, sondern auch als zweckmäßig beurteilt. (Vgl. RG in JW 1935/3306, BA XXXV 264, RGZ 139/114.

[25]) Die Werte müssen z. B. entweder erst einmal entgegengenommen und verbucht werden, oder, soweit sie schon in Streifband- oder Haussammeldepot gelegen haben, ab- und umgebucht werden usw.

Diese Handbestände sind das heutige

Vorgirodepot

über dessen Wesen und Rechtsnatur nunmehr der Streit der Meinungen sich erhoben hat.

Der Streit geht darüber, ob für den Fall der Sammelverwahrung überhaupt die Bildung eines Vorgirodepots zum Zwecke der Einlegung solcher Kundenwerte zulässig sei, die entsprechend der erteilten formerleichterten Ermächtigung zur Girosammelverwahrung an eine Wertpapiersammelbank weitergeleitet werden sollen.[26])

Opitz bejaht die Zulässigkeit,

Schröder verneint sie.

Opitz

führt zur Begründung seiner Vorgirodepotlehre folgendes aus:[27])

1. Die Umwandlung des Sondereigentums in Miteigentum bei den zur Girosammelverwahrung bestimmten Wertpapieren vollzieht sich entsprechend § 6 Abs. 1 schon mit Hereinnahme der Werte in das Vorgirodepot. Bei der die Girosammelverwahrung vermittelnden Bank können die Wertpapiere nicht in Streifband gegelegt werden, da der Kunde ausdrücklich Girosammelverwahrung wünscht.

   Eine getrennte Aufbewahrung ist während der Bearbeitung auch gar nicht durchführbar. Selbst wenn sie es wäre, weil z. B. nur ein Hinterleger Wertpapiere der vermittelnden Bank zur Weiterleitung an eine Wertpapiersammelbank einlieferte, erübrigte sich eine Buchung auf Streifbanddepotkonto nach § 14 Abs. 2.[28]) Die Werte werden im Sinne von § 2 Abs. 2 verwaltet. Soweit sie dabei aufbewahrt werden müssen, dient die Aufbewahrung der Vorbereitung der Girosammelverwahrung, und das Vorgirodepot stellt sich als Vorstufe oder Schleuse zur Girosammelverwahrung dar. Es ist nicht selbständige Verwahrungsart.

   Das Vorgirodepot ist wirtschaftlich und buchtechnisch zum Sammelbestand der Wertpapiersammelbank zu rechnen (vgl. RGZ 139/114) und auf Girosammeldepotkonto zu verbuchen, und zwar so, als ob bereits der Eingang der Werte bei der Wertpapiersammelbank erfolgt wäre.

2. Das Vorgirodepot wird vom Gesetz zugelassen. § 5 enthält keine Bestimmung, die es verbietet. Im Gegenteil hat der Abs. 2 des § 5 nur Sinn i. V. mit dem Vorgirodepot; denn es soll mit dieser Bestimmung eine Geschäftsvereinfachung herbeigeführt werden.

---

[26]) Wie a. a. O. bereits ausgeführt, erfreut sich die Girosammelverwahrung wegen ihrer Vorzüge auch bzgl. der erleichterten Bedingungen und gleichzeitigen Sicherheit einer derartigen Beliebtheit, daß die Wertpapiere, für die die Ermächtigung zur Sammelverwahrung erteilt worden ist, fast regelmäßig der Girosammelverwahrung zugeführt werden.

[27]) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Opitz Anm. 14 zu § 5 und in BA XXXVI/336.

[28]) „weil einer gleichwohl vorzunehmenden Eintragung keine praktische Bedeutung mehr zukäme." (Vgl. die Begründung zu § 14 in Abs. 3.)

Worin aber sollte diese liegen, wenn nicht im Vorgirodepot!?; denn die Wertpapiersammelbank braucht diese Bestimmung nicht, da sich die Umwandlung des Eigentums bei Eingang beim Sammelverwahrer vollzieht. Wenn § 5 Abs. 2 der vermittelnden Bank nur die Möglichkeit geben sollte, aus eigenem Bestande Sammeldepotguthaben dem Hinterleger gegen die zur Girosammelverwahrung eingereichten Wertpapiere auszutauschen, so wäre das keine besondere Erleichterung. Außerdem müßte jede Bank viel Nostrobesitz eigens für die Vermittlung der Girosammelverwahrung haben. Wenn in dem Abs. 2 „nehmen" steht und nicht „geben", so hat das nur Sinn für das Vorgirodepot dessen Wertpapiere vom Bankier in Verwahrung „genommen" sind, wenn auch nur kurzfristig.

3. Für den Hinterleger besteht eine zweifache Beteiligung:
   a) am Vorgirodepot und
   b) am Sammelbestand der Wertpapiersammelbank.

Am etwaigen Vorgirodepot einer anderen vermittelnden Bank, die ihm keinen Sammeldepotmitbesitz vermittelt, ist er nicht beteiligt, auch wenn die vermittelnde Bank Sammeldepotguthaben an demselben Sammelbanksammelbestand hat, wie die vermittelnde Bank.

Rechtlich ist die mehrfache Beteiligung von Bedeutung für die Berechnung der Anteilsquote bzw. der Ausfallsquote. Nachteile entstehen dabei für den Kunden nicht, lediglich das Risiko ist anders geartet. Für die Bruchteilsberechnung beim Vorgirodepot ist folgender Leitsatz aufzustellen:

„Unterhält eine Bank ein Vorgirodepot, so ist jeder Hinterleger sowohl an den Einheiten des Sammelbanksammelbestandes als auch an denen des Vorgirodepots beteiligt. Der Anteil bestimmt sich nach dem Verhältnis der Summe derjenigen Einheiten, die er zur Girosammelverwahrung anvertraut hat, oder die der vermittelnden Bank selbst als Teilhaber gehören, zum Betrag des Sammeldepotguthabens, das die vermittelnde Bank beim Dritten unterhält, zuzüglich der Summe der Einheiten des Vorgirodepots; der Anteil an den Einheiten des Sammelbanksammelbestandes und an dem des Vorgirodepots einer drittverwahrenden vermittelnden Bank aber nur in dem Ausmaße, in dem daran jeweils die dem Teilhaber nächste vermittelnde Bank selbst und für ihre Hinterleger insgesamt beteiligt ist." [29])

Schröder

vertritt demgegenüber den Standpunkt, daß die Einlegung von zur Girosammelverwahrung bestimmten Kundenwerten in das Vorgirodepot (Handbestand) nicht zulässig sei.

Er begründet seine Ansicht damit, daß das Vorgirodepot, wie es Opitz auffasse, Haussammelbestand der vermittelnden Bank sei und damit für diese das Recht entfalle, die Werte, die ausdrücklich girosammelverwahrt werden sollen, darin einzulegen.

[29]) Vgl. dazu die Beispiele bei Opitz, Erl.Buch zum Dep.Ges. S. 80 ff.

Er faßt das Ergebnis seiner Überlegungen in folgenden fünf Punkten zusammen:

1. Wer zur Girosammelverwahrung einliefere, erwerbe Miteigentum am Wertpapiersammelbestand erst mit Eingang der Stücke bei der Wertpapiersammelbank, nicht schon durch Buchung auf Girosammeldepotkonto oder durch Eingliederung in ein Vorgirodepot.
2. Bis dahin bleibe der Hinterleger Sondereigentümer und trage die Gefahr.
3. Ausnahmsweise erfolge die Umwandlung schon vorzeitig, wenn die Voraussetzungen des § 948 BGB vorlägen.
4. Es bestehe keine Gefahrengemeinschaft zwischen den Eigentümern der bereits bei der Wertpapiersammelbank eingegangenen Stücke und den noch im Vorgirodepot liegenden Wertpapieren.
5. Die Bank sei verpflichtet, dem Einlieferer einen Miteigentumsanteil in voller Höhe und ausschließlich bei der Wertpapiersammelbank zu verschaffen. Eine Beteiligung am Wertpapiersammelbestand und dem Vorgirodepot sei keinesfalls genügend.

Entsprechend faßt Schröder die von ihm getroffenen Feststellungen über die Rechtsverhältnisse bei der Auslieferung von Wertpapieren aus Sammelbanksammelbeständen folgendermaßen zusammen:

1. Sobald die Wertpapiere aus dem unmittelbaren Besitz der Wertpapiersammelbank kämen, ginge auch das Miteigentum unter. Der miteigentumsbegründenden Bedeutung der Einlieferung stehe die miteigentumsvernichtende der Auslieferung gegenüber.
2. Das Miteigentum wandle sich in Alleineigentum um, der Kunde erwerbe unmittelbar wieder Sondereigentum durch die Einigung und den Erwerb des mittelbaren Besitzes.
3. Wenn die Bank für mehrere Kunden mehrere Stücke kommen ließe, würden sie ungetrennt geliefert. Eine Bänderung erfolge frühestens bei der vermittelnden Bank. Für die Frist bis zur Weitergabe entstehe Miteigentum nach § 948 BGB für die Beteiligten.
4. Habe sich ein solcher Auslieferungsbestand gebildet, so müsse die Bank für möglichst schnelle Verschaffung des Sondereigentums sorgen, entweder durch Aushändigung an die Kunden oder durch Bänderung.

Im übrigen ist Schröder der Ansicht, daß der Meinungsstreit über das Vorgirodepot nunmehr dadurch sich erübrige, daß die neuen Richtlinien für die Depotprüfung die Zulässigkeit der Einlegung von Wertpapieren, die girosammelverwahrt werden sollen, in Vorgirodepot ausschließen würden.

Aus den neuen Richtlinien [30]) für die Depotprüfung zieht Schröder zur Unterstützung seiner Lehre diese Folgerungen:

---

[30]) Vgl. S. 28 der Abhandlung.

1. Ziff. 3 Satz 1
verlange die möglichst schnelle Weiterleitung der Wertpapiere zur Wertpapiersammelbank. Im übrigen stehe der vermittelnden Bank frei, ob sie von der Ermächtigung zur Sammelverwahrung Gebrauch machen wolle. Sie könne — je nach pflichtgemäßem Ermessen — die Wertpapiere auch sonderverwahren.

2. Ziff. 3 Satz 2
lasse eine vorläufige Verwahrung bei der vermittelnden Bank (Provinz- und Zentralbankier) zu.
Dafür gelte folgendes:
   a) Die vorläufige Verwahrung sei lediglich deshalb für zulässig erklärt worden, weil die Wertpapiere bearbeitet werden müßten. Dies müsse aber schnellstens geschehen und zwar innerhalb von fünf Tagen. Die Frist sei eine Höchstfrist und dürfe nicht grundsätzlich ausgenutzt werden. Seien mehrere Banken zwischengeschaltet, z. B. Lokal- und Zentralbankier, so stehe jeder Bank die Fünftagefrist und damit die Befugnis zur vorläufigen Verwahrung zu.[31])
   b) Die Art der Verwahrung werde durch die Richtlinien nicht bestimmt. Daraus aber, daß eine längere Verwahrung nach den Vorschriften über die Sonderverwahrung durchzuführen sei, wie die Richtlinien vorschrieben, folge, daß auch während der Frist Sonderverwahrung durchzuführen sei. Eine Bänderung sei während dieser Zeit nicht erforderlich, da die Werte in Bearbeitung und nicht endgültiger Verwahrung seien. Während des Arbeitsvorganges könnten die Wertpapiere ungetrennt voneinander bleiben, die Bank müsse aber Nummern und sonstige Merkmale festhalten, um die Eigentumsverhältnisse an ihnen wegen etwaiger Mängel feststellen zu können.[32])
   c) Über die Eigentumsverhältnisse während der Fünftagefrist enthielten die Richtlinien keine ausdrückliche Regelung. Daß aber jeder Hinterleger Sondereigentum behalte werde ersichtlich; denn es sei ausdrücklich vorgesehen, daß nach Ablauf der fünf Tage Sonderverwahrung durchzuführen sei. Damit werde gesagt, daß das Sondereigentum auch nach Ablauf der Fünftagefrist fortbestehe.

3. Ziff. 4 der Richtlinien behandle den Fall des § 5 Abs. 2: Wer zur Sammelverwahrung ermächtigt sei, könne, anstatt die eingelieferten Stücke in Sammelverwahrung zu nehmen, dem Hinterleger einen entsprechenden Sammelbestandanteil übertragen.

   Die Übertragung eines Anteils am Haussammelbestand (dem Vorgirodepot von Opitz, wie Schröder meint) reiche aber schon deshalb nicht aus, weil er nicht dem bei Eingang der Wertpapiere bei der Wertpapiersammelbank an deren Sammelbestand entstehenden Anteil entspräche. Der Sammelbestand-

[31]) Die Befugnis zur Verwahrung steht ihr doch immer zu. Dazu bedarf es doch nicht der Richtlinien.

[32]) Das ist m. E. Bänderung und Buchung nach § 14.

anteil bei einer Wertpapiersammelbank sei im Hinblick auf die Beaufsichtigung der Wertpapiersammelbanken dem Haussammelbestandanteil gegenüber „privilegiert". (Vgl. die amtliche Begründung zu § 5 in Abs. 3 und § 1 Nr. 3). Von der Befugnis des § 5 Abs. 2 könne die vermittelnde Bank also nur dann Gebrauch machen, wenn sie einen Sammelbestandanteil am Bestand der Wertpapiersammelbank, über den sie verfügungsberechtigt sei, übertragen könne, wenn der Anteil z. B. Nostrobesitz sei. Insbesondere sei es aber auch zulässig, und hierin liege die praktische Bedeutung des § 5 Abs. 2, daß die vermittelnde Bank einem Kunden, der Auslieferung verlange, die von einem anderen Kunden eingelieferten Wertpapiere übertrage, diesem anderen Kunden aber sofort den Sammelbestandanteil des ausscheidenden Kunden verschaffe. Die Anwendung des § 5 Abs. 2 sei aber nur zulässig, wenn der Wertpapiere zur Sammelverwahrung einliefernde Kunde in keiner noch so kurzen Zeitspanne auf lediglich schuldrechtliche Ansprüche beschränkt werde. Solange ihm ein Sammelbestandanteil am Bestand der Wertpapiersammelbank nicht übertragen werde, müsse ihm sein Sondereigentum erhalten bleiben. Dem Kunden sei es gänzlich gleichgültig, ob er seinen Miteigentumsanteil durch Eingang der Stücke bei der Wertpapiersammelbank oder Übertragung eines bereits bestehenden Anteils erlange. Die Buchung auf Girosammeldepotkonto allein, der keine entsprechende Deckung bei der Wertpapiersammelbank gegenüberstehe, stelle keine solche Übertragung dar.

4. Ziff. 5
der neuen Richtlinien betone die Pflicht der vermittelnden Bank zur möglichst schnellen Weitergabe der Wertpapiere an den Hinterleger auch bei der Auslieferung aus Wertpapiersammelbankbeständen. Würden eine Anzahl von Wertpapieren für mehrere Hinterleger gleichzeitig angefordert, so ließe sich in der Praxis im Augenblick des Ausganges der Stücke von der Wertpapiersammelbank kaum feststellen, wem jedes einzelne Stück gehöre. Erst die vermittelnde Bank teile dann die Nummern zu. Vorher bestehe Miteigentum an dem Auslieferungsbestand nach § 948 BGB.

Nach diesen Ausführungen, so faßt Schröder das Ergebnis zusammen, könne man heut nicht nicht mehr von einem Vorgirodepot in dem bisherigen Sinne sprechen, „denn weder Ein- noch Auslieferungsbestand seien während der Fünftagefristen Sammelbestände, sie seien vielmehr nur technische Behelfsmittel für die Einschleusung, bzw. Ausschleusung von Wertpapieren bei der Girosammelverwahrung." [33])

Bevor ich zu den Fragen über das Vorgirodepot Stellung nehme, möchte ich für die bei Opitz und Schröder bereits genannten Begriffe folgende Bezeichnungen wählen, und zwar will ich

[33]) Mit dem letzten Halbsatz aber entzieht Schröder seiner Hauptargumentation gegen die Vorgirodepotlehre von Opitz den Boden. Er tritt der Ansicht von Opitz über den Zweck des Vorgirodepots ja bei.

1. Sammelbanksammelbestand einfach Sammelbankbestand nennen, denn es ist eine Selbstverständlichkeit, daß der Bestand einer Wertpapiersammelbank Sammelbestand ist;
2. statt des Handbestandes die bereits von Opitz vorgeschlagene Bezeichnung Vorgirodepot gebrauchen;
3. den Bestand. der aus der Summe des Sammelbankbestandes und dem Vorgirodepot besteht, als auch nach meiner Ansicht wirtschaftliche und buchtechnische Einheit, entsprechend Girobestand nennen.

Zur Frage der neuen Richtlinien hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Vorgirodepot kann ich der Ansicht von Schröder nicht beipflichten.

Ziffer 3 der alten Richtlinien bestimmt:

„Eine vorläufige Verwahrung bei dem Kreditinstitut bis zur endgültigen Überführung ins Girosammeldepot darf an sich einen für die technische Durchführung der Ein- und Auslieferungen gebotenen Zeitraum nicht überschreiten."

Ziffer 4 bestimmt:

„Bei Kreditinstituten mit umfangreichem Wertpapiergeschäft wird allerdings die große Zahl der Ein- und Auslieferungen zwangsläufig dazu führen, daß im Zusammenhang mit den Ein- und Auslieferungsgeschäften ständig ein gewisser Bestand von Wertpapieren vorhanden ist. Der Umfang des einzelnen Vorgirodepots muß jeweils auf das für die Durchführung der Ein- und Auslieferungsgeschäfte notwendige Maß beschränkt bleiben, da es sonst den Charakter eines Haussammeldepots annehmen würde." (Nunmehr wird ausgeführt, daß der Umfang des Vorgirodepots 5% des gesamten Guthabens des Kreditinstituts an Girosammelbeständen aller Art nicht überschreiten dürfe.) „Die Aufbewahrung im Vorgirodepot muß in jedem Falle begleitet sein mit einer sofortigen Gutschrift für den Kunden auf Girosammeldepot."

Die entsprechenden Ziffern der neuen Richtlinien haben folgenden Wortlaut:

Ziffer 3 lautet:

„Wertpapiere, die bei einem Kreditinstitut mit der Bestimmung zur Sammelverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank eingeliefert werden, müssen auch sobald als möglich der Sammelverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank zugeführt werden. Eine vorläufige Verwahrung bei dem Kreditinstitut bis zur endgültigen Überführung ins Girosammeldepot darf einen für die technische Durchführung der Einlieferung gebotenen Zeitraum, der nicht mehr als fünf Tage betragen darf, nicht überschreiten. Eine etwaige längere vorläufige Verwahrung ist nach den Vorschriften über die Sonderverwahrung durchzuführen."

Ziffer 4 sagt:

„Will der Verwahrer gemäß § 5 Abs. 2 Dep.Ges. dem Hinterleger, anstatt das eingelieferte Stück in Sammelverwahrung zu geben [34]), einen entsprechenden Sammelbestandanteil übertragen, so muß dies sobald als möglich geschehen. Solange ein solcher Sammelbestandanteil nicht übertragen worden ist, muß das von dem Hinterleger eingelieferte Stück in Sonderverwahrung gehalten werden."

---

[34]) im Gesetz steht „nehmen".

Aus dieser Gegenüberstellung wird ersichtlich, daß die alten Richtlinien von der „vorläufigen Verwahrung" sprechen und das Vorgirodepot nennen, das dieser „vorläufigen Verwahrung" während der Bearbeitungszeit dient. Sie geben weiterhin Vorschriften über den Umfang des Vorgirodepots, indem sie für die vorläufig zu verwahrenden Werte in Vorgirodepot eine Höchstgrenze festsetzen.

Die neuen Richtlinien sprechen zwar nicht ausdrücklich von „Vorgirodepot", aber weiterhin von der „vorläufigen Verwahrung" bis zur endgültigen Überführung ins Girosammeldepot (der das Vorgirodepot dienen soll).

Etwa aus der Fortlassung des Wortes „Vorgirodepot" dessen Zulässigkeit schon verneinen zu wollen, wäre nicht richtig. Durch die neuen Richtlinien soll nicht das Vorgirodepot beseitigt werden, sondern lediglich eine andere Art der Begrenzungsmöglichkeit des Umfanges des Vorgirodepots erreicht werden. Es wird an Stelle der in den alten Richtlinien vorgeschriebenen zahlenmäßigen Begrenzung (Höchstmasse) des Vorgirodepots jetzt eine zeitliche Begrenzung von fünf Tagen für die vorläufige Verwahrungszeit und die Bearbeitung der Wertpapiere bei der vermittelnden Bank getroffen, um auch weiterhin — auf anderem Wege — dafür Sorge zu tragen, daß das Vorgirodepot nicht den Charakter eines Haussammeldepots annehme. (Vgl. Ziffer 4 der alten Richtlinien). Durch die zeitliche Begrenzung soll auch nur dasselbe erreicht werden, wie es die alten Richtlinien mit der Bestimmung der Höchstmasse beabsichtigten. Durch die neue Regelung jedoch wird der Umfang des Vorgirodepots elastischer gestaltet; denn bei stärkerem Wertpapierverkehr können sich mehr Wertpapiere ansammeln, bei geringerem schwinden die Mengen von selbst, da die ältesten Wertpapierposten spätestens nach fünf Tagen immer ausgeschieden werden müssen. Es soll also durch eine den Bedürfnissen der Praxis in weiterem Maße Rechnung tragende veränderte Methode der Begrenzung der gleiche Erfolg erreicht werden, wie mit den alten Richtlinien.

Ob für den Depotprüfer in den Richtlinien eine bestimmte Begriffsbezeichnung, wie z.B. „Vorgirodepot", für den Bestand an Wertpapieren, die nur einer vorläufigen Verwahrung bei der vermittelnden Bank unterliegen, enthalten ist, und wie sie die Richtlinien formulieren, darauf kommt es doch nicht an. Entscheidend ist allein, daß der Begriff „Vorgirodepot" auch in den neuen Richtlinien enthalten ist, und das ist zu bejahen.

Von diesem Standpunkt aus betrachtet, kann man nicht, wie Schröder es tut, sagen, die Zulässigkeit des Vorgirodepots werde durch die neuen Richtlinien verneint.[35]) Auch das Reichsgericht erkennt die Einrichtung des Vorgirodepots, wenngleich auch nicht unter dieser Bezeichnung — in diesem Falle allerdings nur aus dem Grunde, weil sie noch nicht geprägt war — an.[36]) Wenn Cho-

[35]) M. E. rechnen sogar die neuen Richtlinien auch weiterhin mit dem Vorgirodepot.

[36]) Vgl. RGZ. 139/114, RG in JW 1935/3306, BA XXXV/264, Warn.Rspr. 27/252.

lewa [37]) in richtiger Erkenntnis dieser Tatsache zunächst sagt: „Das Berufungsgericht hatte in dem der Entscheidung (RGZ 139/114) zugrundeliegenden Rechtsstreit die Notwendigkeit des Vorgirodepots anerkannt und die Einheit des Miteigentumsanteils betont", dann aber fortfährt: „Eine Verweisung auf Entscheidungen vor Erlaß des neuen Depotgesetzes ist nicht ohne weiteres gerechtfertigt, weil das frühere Depotgesetz die Sammelverwahrung nicht regelte und deshalb für die Girosammelverwahrung und Haussammelverwahrung keine der Form nach verschiedene Ermächtigungen notwendig waren", so ist darauf auf folgendes hinzuweisen: Wie bei der Behandlung der Sammelverwahrung schon ausgeführt, hat diese im neuen Depotgesetz lediglich ihre gesetzliche Bestätigung erhalten. Praktisch ist sie auch schon vor Geltung des neuen Depotgesetzes durchgeführt worden. Das jetzige Vorgirodepot ist nichts anderes, als das, was man früher — so wie das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung es tut — als Handbestand bezeichnete. Man kann sich auch der Ansicht von Opitz für die Zulässigkeit des Vorgirodepots nicht entziehen, wenn er sagt, daß § 5 keine Bestimmung enthalte, die das Vorgirodepot nicht zuließe, ja, daß sogar der Abs. 2 des § 5 nur Sinn in Verbindung mit dem Vorgirodepot habe, das für die Bankenpraxis eine Erleichterung im Sinne des Sammeldepotgedankens bedeuten solle. Die neuen Richtlinien für die Depotprüfung schließen mithin die Zulässigkeit des Vorgirodepots nicht aus.

Wie innerhalb der Fünftagefrist die vorläufige Verwahrung durchzuführen ist, und wie sich die Eigentumsverhältnisse hierbei gestalten, darüber — dem stimmt auch Schröder bei — geben die neuen Richtlinien keine Vorschriften, und das mit Recht; denn es ist nicht Aufgabe der Wirtschaftsgruppen Rechtsausführungen hierüber zu machen, vielmehr muß es der Rechtswissenschaft überlassen bleiben, entstandene Meinungsverschiedenheiten zu bereinigen.

I.

Die Meinungsverschiedenheiten zwischen Opitz auf der einen und Schröder [38]) auf der anderen Seite setzen schon ein bei ihren Ansichten über das Wesen des Vorgirodepots.

II.

Aus der Verschiedenheit dieser Ansichten ergibt sich dann die Verschiedenheit in der Beurteilung der rechtlichen Vorgänge beim Vorgirodepot und

III.

die Verschiedenheit der Meinungen über die Vor- bzw. Nachteile dieser Einrichtung.

---

[37]) zu § 6 seiner Dissert.

[38]) dem sich in der Ablehnung des Vorgirodepots auch Cholewa anschließt.

I.

Wesen und Begriff des Vorgirodepots.

Der Ausdruck Vorgirodepot, den Opitz geprägt hat, und den auch Schröder, wenn auch unter anderem Vorzeichen,[39]) gelten läßt, ist als Bezeichnung der Schleuse zur Girosammelverwahrung treffend gewählt. Vorgirodepot ist d a s Depot bei der die Girosammelverwahrung vermittelnden Bank, also d e r Bestand an Kundenwerten, der zur Girosammelverwahrung an eine Wertpapiersammelbank sobald als möglich, immer aber innerhalb von fünf Tagen,[40]) weitergeleitet werden soll (Einlieferungsbestand), oder der zwecks Durchschleusung von der Wertpapiersammelbank zum Hinterleger die vermittelnde Bank auf dem Rückwege durchläuft (Auslieferungsbestand). Das Vorgirodepot d i e n t also, wie Schröder schließlich in fast wörtlicher Übereinstimmung mit Opitz sagt, der Durchschleusung der Kundenwerte vom Hinterleger zur Wertpapiersammelbank und umgekehrt. Wenn Schröder in seinen dieser Erkenntnis voraufgehenden Erörterungen über das Vorgirodepot zunächst zu anderen Ergebnissen — auch bezüglich der rechtlichen Vorgänge — gekommen ist, so ist das darauf zurückzuführen, daß er das Vorgirodepot als Haussammelbestand betrachtet, und daß deshalb keine Kundenwerte darin eingelegt werden dürften, zu deren Haussammelverwahrung die vermittelnde Bank auf Grund der ihr erteilten Ermächtigung zur Girosammelverwahrung nicht berechtigt sei. Die vorläufige Verwahrung im Vorgirodepot stellt sich aber gar nicht als Haussammelverwahrung dar. Haussammelverwahrung ist diejenige Sammelverwahrung, die nicht durch eine Wertpapiersammelbank durchgeführt wird. Beim Vorgirodepot soll ja aber gerade bei einer Wertpapiersammelbank die Sammelverwahrung durchgeführt werden. Dem dient doch gerade das Vorgirodepot als der — wie später noch ausgeführt wird — verlängerte Arm der Wertpapiersammelbank. Die Wertpapiere „sollen", wie es im Gesetz heißt (§ 5 Abs. 1 letzt. Halbs.) zur Wertpapiersammelbank w e i t e r g e l e i t e t werden. Sie d u r c h l a u f e n ja nur innerhalb der kurzen Fünftagefrist das Vorgirodepot als Station, die zur Girosammelverwahrung gehört. Denn der Kunde muß sich

---

[39]) BA XXXVII/200 Abs. III: „Nach diesen neuen Richtlinien kann man heut nicht mehr von einem Vorgirodepot in dem bisherigen Sinne sprechen. Denn weder der Einlieferungsbestand noch der Auslieferungsbestand sind während der Fünftagefrist Sammelbestände, sie sind vielmehr nur technische Hilfsmittel für die Einschleusung bzw. Ausschleusung von Wertpapieren bei der Girosammelverwahrung. (Vgl. dazu dieselbe Zweckbezeichnung bei Opitz, Erl.Buch zum Dep.Ges. zu § 5 Ziff. 14.

[40]) Daß Schröder (BA XXXVII/197 in II, 2 a) dazu sagt: „Die Frist von fünf Tagen k a n n n i c h t etwa grundsätzlich in jedem Falle ausgenutzt werden, sie ist vielmehr eine Höchstfrist" ist wohl nur so zu verstehen, daß die Frist nur z. Zw. der Bearbeitung der Wertpapiere ausgenutzt werden darf, nicht aber zu anderen Zwecken darüber hinaus. Eine Ausnutzung der Frist z. Zw. der Bearbeitung darf m. E. die Depotprüfung nicht rügen.

ja einer vermittelnden Bank bedienen, wenn er girosammelverwahren lassen will).

Die Zweckbestimmung und der Wille der Parteien bei diesem Vorgang richtet sich auch gar nicht auf Haussammelverwahrung, sondern gerade, und nur, auf Girosammelverwahrung.[41])

Es ist also m. E. schon nach diesen Erkenntnissen über das Wesen des Vorgirodepots falsch, dieses dann noch als Haussammeldepot zu bezeichnen, um daraus die Folgerung zu ziehen, daß die im Vorgirodepot liegenden Werte der Haussammelverwahrung unterliegen müßten und daher Werte, die zur Girosammelverwahrung bestimmt seien, nicht in das Vorgirodepot gelegt werden dürften. Cholewa schließt daraus, daß das Vorgirodepot nicht im Gesetz erwähnt sei, daß es als Haussammeldepot zu betrachten wäre. Die Haussammelverwahrung ist aber im Gesetz auch nicht erwähnt.[42]) Im übrigen aber ist schon darauf verwiesen worden, daß § 5 Abs. 2 Sinn und Zweck gerade in Verbindung mit dem Vorgirodepot erhält, daß auch die alten wie die neuen Richtlinien für die Depotprüfung das Vorgirodepot ausdrücklich und stillschweigend gerade n i c h t als Haussammelverwahrung ansprechen,[43]) und daß die Ausführungen des Reichsgerichts zur Frage des früheren Handbestandes, des jetzigen Vorgirodepots, die Annahme einer Haussammelverwahrung ausschließen[44]) (Höchstgrenze). Meiner Ansicht nach ist das Vorgirodepot überhaupt nicht als eine Verwahrungsart zu bezeichnen, wenn man nicht die Klarheit seines Wesens verwischen will. Man kann es höchstens als „technisches Hilfsmittel" kennzeichnen, oder als verlängerten Arm der Wertpapiersammelbank, welcher Ausdruck m i r der klärendste zu sein scheint.

II.

Die rechtlichen Vorgänge beim Vorgirodepot.

Sinn und Zweck des Vorgirodepots sollen sein, dem Hinterleger möglichst schnell das gewünschte Sammeldepot m i t e i g e n t u m

[41]) Man soll nicht außer acht lassen, daß das Gesetz ja gar keine Begriffsbezeichnung „Haussammelverwahrung" kennt, vielmehr nur eine „Sammelverwahrung" und nur eine erleichterte Ermächtigungsform für d i e Bankdepotgeschäfte, die darauf abzielen, daß die Papiere von dem, welchem sie zur „Sammelverwahrung" anvertraut worden sind, zur Wertpapiersammelbank weitergeleitet werden sollen; nach dem Sinn dieser Ermächtigung und nach dem Willen des Depotkunden!

[42]) Vgl. die Anm. 41.

[43]) Schon die alten Richtlinien sprachen das Vorgirodepot, solange es sich in den Grenzen der Höchstmasse hielt, doch nicht als Haussammeldepot an. Die neuen Richtlinien ändern nur die Begrenzung der Höchstmasse. Die Begrenzung aber trägt wiederum dafür Sorge, daß das Vorgirodepot gerade n i c h t den Charakter einer Haussammelverwahrung annimmt.

[44]) Das Reichsgricht erkennt ausdrücklich die Notwendigkeit des Vorgirodepots an und stellt fest, daß es wirtschaftlich und buchtechnisch zum Sammelbankbestand gehört, daß der Anteil am Vorgirodepot und der am Sammelbankbestand eine wirtschaftlich notwendige Einheit bilden.

zu verschaffen, so, wie das neue Depotgesetz in all seinen Bestimmungen darauf abgestellt ist, der möglichst schnellen Verschaffung und Erhaltung des Eigentums zu dienen.

Damit erhebt sich die Frage, ob das Vorgirodepot in der Lage ist, diesem Gedanken der möglichst schnellen Änderung der Eigentumsgestaltung zu dienen.

Enthält zunächst die Ermächtigung zur Girosammelverwahrung auch die Befugnis zur Durchschleusung im Vorgirodepot, d. h., dürfen auf Grund der erteilten erleichterten Ermächtigung zur Girosammelverwahrung die Kundenwerte überhaupt in Vorgirodepot gelegt werden, oder bedarf es dazu etwa der strengeren Form der Ermächtigung zur sogenannten Haussammelverwahrung?

Wenn man den Sinn und das Wesen des Vorgirodepots erst einmal dahin verstanden hat, daß es sich nicht als Haussammelverwahrung darstellt, so kommt man allein damit schon zu dem Ergebnis, daß die strengere Form der Ermächtigung nicht erforderlich ist, sondern daß die erleichterte Form des § 5 Abs. 1 genügt. Diese erleichterte Form ist ja nicht allein für das Vorgirodepot geschaffen, sondern für die Girosammelverwahrung und damit für alles, was sich darauf bezieht, also a u c h für das Vorgirodepot, den verlängerten Arm der Wertpapiersammelbank.[45])

Diese Ansicht, zu der auch Opitz kommt, hält Cholewa für nicht zwingend,[46]) weil man auch auf andere Weise die Girosammelverwahrung erreichen könne, als durch Benutzung des Vorgirodepots. Man könne nämlich,[47]) so meint er, die Kundenwerte entweder

1. in ein Haussammeldepot einlegen, sofern man die Ermächtigung des Kunden dazu eingeholt habe, oder
2. die Wertpapiere sonderverwahren.[48])

Ich halte die Ansicht von Opitz, daß die strengere Form der Ermächtigung für die Einlegung der Kundenwerte in Vorgirodepot nicht erforderlich ist, für zwingend und zwar aus folgenden Gründen, aus denen heraus ich auch zu einer Ablehnung der Lehre von der Erhaltung des Sondereigentums von Schröder komme:

1. Es wäre nicht zu übersehen, mit welchen Umständen, Unkosten und Verärgerungen der Depotkundschaft eine nachträgliche Einholung der Ermächtigung zur H a u s sammelverwahrung verbunden wäre. Die Kunden würden ein derartiges Vorgehen der Bank im übrigen gar nicht verstehen können, da sie ja ausdrücklich G i r o sammelverwahrung gewünscht haben. Die nachträgliche Einholung der Ermächtigung würde weiterhin einen Aufwand an Zeit erforderlich machen, der — besonders bei star-

[45]) Bei alledem darf darüber hinaus nicht vergessen werden, daß es sich bei § 5 Abs. 1 um Formvorschriften handelt, die nicht formalistisch ausgelegt werden dürfen. Dem tritt auch Richter in BA XXXVI/479 bei, worin er ausführt, daß das Vorgirodepot nicht Selbstzweck sei, sondern der Vorbereitung der Girosammelverwahrung zu dienen habe.

[46]) zu § 6 seiner Dissertation.

[47]) Selbst wenn man es „könnte", würde das doch noch nicht die wirtschaftliche Notwendigkeit der Vereinfachung durch das Vorgirodepot ausschließen.

[48]) damit schließt sich Cholewa der Lehre von Schröder an, und die Bedenken gegen dessen Lehre gelten auch als gegen Cholewa geltend gemacht.

kem Wertpapierverkehr — nicht in Übereinstimmung zu bringen wäre mit der in den Richtlinien für die Depotprüfung gesetzten Frist von fünf Tagen für die vorläufige Verwahrung. Die Frist könnte kaum jemals eingehalten werden. Warum ist dann überhaupt, so müßte man sich endlich auch fragen, eine erleichterte Form zur Girosammelverwahrung vom Gesetzgeber zugelassen worden, wenn die strengere Form nachgeholt werden muß?!

2. Bei einer näheren Beleuchtung der Sonderdepotlehre von Schröder, die theoretisch wohl durchaus zu vertreten ist, muß man m. E. aber praktisch geradezu zu ihrer Ablehnung kommen.

Selbstverständlich steht es der vermittelnden Bank frei, Sondereigentum an den eingelieferten Kundenwerten aufrecht zu erhalten, wie es Schröder für allein richtig und möglich hält. Die Bank kann es dabei bei der getrennten Aufbewahrung belassen, was allerdings nur in den Fällen eines sehr geringen Wertpapierverkehrs möglich sein wird; sie kann sie aber auch nach § 2 Satz 2 ungetrennt verwahren. Letzteres aber ist umständlich und teuer, dient weder der Bank noch den Kunden und widerspricht auch schließlich dem Wunsch des Hinterlegers, der ja sammelverwahren lassen will, und dem Gedanken der Sammelverwahrung überhaupt. Hat sich erst einmal der Hinterleger zur Sammelverwahrung entschlossen, hat er also eingesehen, daß sein Eigentum durch die Umwandlung in Miteigentum nicht schlechter wird,[49]) sondern sich lediglich in der Gestaltung ändert, hat er ferner erkannt, daß durch die Umwandlung das Risiko eines — wenn überhaupt einmal eintretenden[50]) — Verlustes seiner Wertpapiere sozusagen umgelegt wird, dann soll das Bestreben des anderen Vertragspartners dem auch möglichst schnell Rechnung tragen und nicht sein Sondereigentum unnötig lange aufrecht erhalten. Daß immerhin mit einem Verlust unter Umständen gerechnet werden könnte, ist allerdings nicht zu leugnen. Warum aber gerade das Vorgirodepot einen ungetreuen Bankier zu betrügerischen Verfügungen veranlassen sollte, wie Schröder wohl zu befürchten scheint, ist nicht recht einzusehen. Die Bestände im Vorgirodepot sind verhältnismäßig klein. Man könnte aber daran denken, daß ein ungetreuer Ban-

[49]) Man kann bei der Umwandlung von Sonder- in Miteigentum nicht von einer Verschlechterung des Eigentums sprechen. Auch der Gesetzgeber erkennt die Gleichwertigkeit der Sonder- und der Sammelverwahrung an. (Vgl. Mot. III 438/39, OLG Hamburg 14/85 und RGZ 56/96.

[50]) Der Verwahrer haftet dem Hinterleger für alle Verluste, die auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen; er haftet auch für seine Angestellten; bei der Drittverwahrung mindestens für die sorgfältige Auswahl des Dritten. Den Hinterleger trifft der Verlust, der aus Zufall oder höherer Gewalt entsteht. Wenn Schröder anscheinend das Vorgirodepot für besonders gefährdet hält, so denkt er wohl an widerrechtliche Verfügungen der vermittelnden Bank. Aber für diese haftet der Verwahrer. Die Fälle aber, in denen er seiner Haftung nachzukommen nicht in der Lage sein wird (z. B. Zahlungsunfähigkeit) werden sich heut seltener ereignen als früher. (Kommissar für das Kreditwesen, und gesetzlich eingeführte Depotprüfung.)

kier durch unrechtmäßige Beleihung über die im Vorgirodepot liegenden Wertpapiere vorübergehend verfügen wollte, in der Hoffnung, daß später nach Wiedergutmachung nichts mehr zu bemerken sein werde, weil sich an der Buchung nichts geändert hat. Dann aber ist es erst recht nicht angebracht, das Vorgirodepot als Streifbanddepot zu behandeln,[51]) denn der einzelne Kunde würde ja dann den Verlust allein zu tragen haben,[52]) das Risiko für ihn also viel größer sein, als wenn ein Schaden anteilmäßig umgelegt würde, wie es doch beim Vorgirodepot der Fall ist. Aus Ziffer 3 der neuen Richtlinien ist m. E. zu entnehmen, daß gerade nicht an eine Sonderverwahrung während der Fünftagefrist gedacht ist. Es ist darin gesagt: „Eine etwaige längere vorläufige Verwahrung ist nach den Vorschriften über die Sonderverwahrung durchzuführen." Dieser Bestimmung hätte es nicht bedurft, sollten die Wertpapiere auch schon während der Fünftagefrist sonderverwahrt werden.[53]) Ja, es hätte wohl auch dann nicht einmal der Feststellung dieser Frist bedurft, wenn die Richtlinien Sonderverwahrung dafür vorschreiben würden; denn die Begrenzung hat doch nur dann einen Sinn, wenn etwas anderes als Sonderverwahrung in Betracht kommt. Oder soll sie nur rechtfertigen, daß es sich insoweit nur um eine Verwaltungshandlung handelt? Das wäre aber wohl doch zu wenig als leitender Gesichtspunkt. Wie schon einmal erwähnt, erhält die Fünftagefrist erst gerade im Zusammenhang mit dem Vorgirodepot ihren Sinn.

Schröder betont sehr richtig, daß die Richtlinien über die Frage der Eigentumsgestaltung keine ausdrückliche Regelung treffen. Anschließend aber gibt er die „eindeutige" Erklärung ab: „Während der Fünftagefrist bleibt der bisherige Eigentümer der Wertpapiere deren Sondereigentümer", weil „das die Sonderverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank lediglich vermittelnde, sie aber nicht durchführende Kreditinstitut nicht befugt ist, in das bestehende Sondereigentum des Kunden irgendwie einzugreifen. Die amtliche Begründung zum neuen Bankdepotgesetz sagt in ihrem allgemeinen Teil ausdrücklich, daß das neue Gesetz bestrebt ist, das Eigentum für den Hinterleger beim Verwahrungsgeschäft zu erhalten, und daß alle Ver-

[51]) Vgl. dazu Opitz-Schultz in JW 1926/666 ff.

[52]) Sonder- und Sammeldepot unterscheiden sich bei einem eintretenden Verlust hauptsächlich darin, wie ein solcher zu verteilen ist. Beim Sonderdepot trägt der Kunde den Verlust, d. h. den Verlust aussondern zu können, allein. Beim Sammeldepot aber verteilt sich dieser Verlust auf die Gemeinschaft, er ist von jedem einzelnen leichter zu verschmerzen. Diese gemeinschaftliche Lastentragung entspricht im übrigen durchaus heutiger Anschauung. Dieser Überlegung trägt auch der Kunde Rechnung, wenn er durch seine Ermächtigung zur Girosammelverwahrung, oder zur Sammelverwahrung überhaupt, den Willen zum Ausdruck bringt, in diese Gefahrengemeinschaft aufgenommen zu werden.

[53]) Es wird hierbei ohne Zweifel an das Vorgirodepot während der Fünftagefrist gedacht. Auch daraus wird wiederum ersichtlich, daß die neuen Richtlinien das Vorgirodepot nicht ablehnen, sondern im Gegenteil für richtig, weil zweckmäßig, halten, dem Gedanken der Girosammelverwahrung am besten zu dienen.

einbarungen, die die Rechtsstellung des Kunden beim Verwahrungsgeschäft beeinträchtigen, nur auf Grund ausdrücklicher und schriftlicher Erklärung des Kunden zustandekommen können."

Danach ist aber die Bank doch befugt, und zwar auf Grund der Ermächtigung zur Girosammelverwahrung, in das bestehende Sondereigentum des Kunden einzugreifen. Diese Ermächtigung hat ja gerade die vermittelnde Bank vom Hinterleger erhalten und könnte sie die Girosammelverwahrung selbst vornehmen, dann müßte s i e es tun. Schröder hat selbst a. a. O. gesagt, daß der Verwahrer nach seinem pflichtgemäßen Ermessen als getreuer Sachwalter des Wertpapiereigentümers die Ermächtigung zur Sammelverwahrung nicht auszuüben brauche, sondern Sonderverwahrung vornehmen könne. Er (Schröder) spricht also hierbei sehr richtig als von einem nicht unberechtigten Eingriff.

Es kann damit also nach all diesen Erörterungen als Ergebnis folgendes festgehalten werden:

1. Die Einwände gegen die Ansicht, daß die strengere Form der Ermächtigung für die Einlegung solcher Kundenwerte, die girosammelverwahrt werden sollen, nicht erforderlich sei, sind nicht stichhaltig.
2. Der Lehre von Schröder, daß während der Zeit der vorläufigen Verwahrung der Kundenwerte bei der die Girosammelverwahrung vermittelnden Bank das Sondereigentum für die Hinterleger aufrecht zu erhalten sei, kann, soweit jetzt schon zu ersehen ist, zumindest nicht ein Vorzug gegenüber der Vorgirodepotlehre von Opitz eingeräumt werden.

Die Ansicht von Schröder wird aber sogar darüber hinaus aus folgenden Überlegungen als bedenklich a b z u l e h n e n sein.

1. Der Kunde, der die Ermächtigung zur Girosammelverwahrung erteilt hat, glaubt sich nach Einlieferung der Wertpapiere bei seiner Bank nunmehr in der erstrebten Gefahrengemeinschaft mit den anderen Hinterlegern zur Girosammelverwahrung. Jetzt trifft ihn die Mitteilung von dem Verlust seiner Wertpapiere, die ja noch in Sonderverwahrung gehalten worden sind, wovon er allerdings nichts wußte. Er wird, wie schon einmal gesagt, nicht nur nicht verstehen können, daß er keinerlei Rechte gegenüber der Bank geltend machen können soll, sondern er wird wahrscheinlich sogar gegen die Bank den Prozeßweg beschreiten, der immer Nachteile bringt; entweder für den Kunden oder die Bank. Das Vertrauen der Bankenkundschaft in die Einrichtungen der Banken dürfte auf diesem Wege keine Stärkung erfahren, selbst dann nicht, wenn das Mißtrauen unberechtigt wäre. Schon dessen Vorhandensein wäre schädlich.
2. Unter Berücksichtigung der bestehenden Möglichkeit einer solchen Entwicklung könnten die Banken z. B. dazu übergehen, sich von ihren Depotkunden die allgemeine Ermächtigung zur Sammelverwahrung geben zu lassen und nach § 24 im Anschaffungs-

geschäft einen jedesmaligen entsprechenden Vorbehalt daran zu knüpfen, woran sie selbst der Bankenkommissar nicht hindern könnte. Das Gesetz sieht ja die allgemeine jedesmalige Sammeldepotermächtigung in § 5 Abs. 1 vor, die auch die Ermächtigung zur Girosammelverwahrung umschließt. Damit aber würde gleichzeitig der Fortschritt und die Erleichterung, die gerade durch die weniger strenge Form der Ermächtigung zur Girosammelverwahrung erreicht worden ist, zunichte gemacht. Den Nachteil hat zu dem nicht geringsten Teil die Allgemeinheit zu tragen, die die jedesmalige strenge Formulierung vorzunehmen hätte.

3. Der Fortschritt und die Weiterentwicklung der Gemeinschaftsidee des Sammeldepotgedankens, der im neuen Depotgesetz erst seine gesetzliche Krönung erfahren hat, würde mit dieser Entwicklung unmöglich gemacht. Der Bruch setzt ein mit der Ablehnung der Vorgirodepotidee und der Verweisung auf die Sonderverwahrung.

4. Man bleibt damit in den alten Anschauungen der Individualtheoretiker befangen und auf halbem Wege zu den neuen Anschauungen einer Gemeinschaftsidee stecken. Aus dem zu 2 Gesagten ergibt sich aber noch weiterhin folgendes Bedenken: Haben sich die Banken die allgemeine Ermächtigung erteilen lassen, so sind sie damit zur Haussammelverwahrung und zur Girosammelverwahrung ermächtigt. Dann aber steht es ihnen auch frei, ein „Vorgirodepot" — diesmal allerdings als Haussammeldepot — einzurichten, wogegen der Bankenkommissar wiederum nichts einwenden könnte. Nunmehr aber kann auch kein Bankenkommissar — auf diese Feststellung ist besonderes Augenmerk zu richten, — mehr den Umfang und die Dauer dieses „Vorgirodepots", das Haussammeldepot wäre, beschränken. Erreicht würde dann damit also das Gegenteil von dem, was man durch die Ablehnung der Vorgirodepotlehre von Opitz erreichen will, und was überhaupt erstrebenswert wäre. Die Vorgirodepotlehre von Opitz im Verein mit der Depotprüfung hat, — richtig verstanden — wie sich aus den weiteren Ausführungen noch deutlicher ergeben wird, die Wirkung, daß das Vorgirodepot sich auf den technisch notwendigen Umfang beschränkt, während die Lehre von Schröder dazu führen kann, daß sich die Praxis von allen Fesseln frei macht und das neue Vorgirodepot — Haussammeldepot umfangreich gehalten wird. Die Banken ersparen sich damit Kosten. Bei den Wertpapiersammelbanken aber werden nur geringe Guthaben unterhalten in dem Umfange, den die stückelose Lieferung gerade erforderlich macht.

5. Diese Entwicklung, die durchaus im Bereich der Möglichkeit, ja der Wahrscheinlichkeit, liegt, würde zu einer großen Gefährdung der Girosammelverwahrung führen. Wenigstens die Großbanken, die mindestens $^9/_{10}$ der Wertpapiersammelbestände unterhalten, gingen wahrscheinlich allmählich aus all den genannten Gründen zur Haussammelverwahrung über, und der

Effektengiroverkehr und der stückelose Verkehr würden einen ungeahnten Rückgang antreten.

Aus diesen Gründen muß man m. E. geradezu zu einer Ablehnung der Schröderschen Lehre kommen.

Zusammenfassend kann daher über die Vorgirodepotlehre von Opitz gesagt werden:

a) Das Vorgirodepot ist keinesfalls Haussammeldepot.

b) Infolgedessen genügt für die Einlegung der Werte in Vorgirodepot die leichtere Ermächtigung zur Girosammelverwahrung.

c) Die Ansicht von Schröder, die Wertpapiere müßten während der vorläufigen Verwahrung zur Girosammelverwahrung sonderverwahrt werden, entspricht nicht nur nicht dem Sinn der Sammeldepotidee, sondern birgt Gefahren in sich, die sich gerade gegen die Girosammelverwahrung richten, die doch geschützt werden soll.

d) Gleichzeitig muß festgestellt werden, daß die Vorgirodepotlehre von Opitz dem Wesen der Sammelverwahrung entspricht und dieser förderlich ist. Die Sammelverwahrung — auch schon beim Vorgirodepot — entspricht dem Schutzgedanken des Depotgesetzes.

Die Sammelverwahrung entspricht gleichzeitig auch dem Gemeinschaftsgedanken: Einer für alle und alle für einen.

Sie trifft damit auch nationalsozialistische Grundsätze und verwirklicht sie.

Sie kommt den Bedürfnissen der Praxis aber auch weiter entgegen, als die Sonderverwahrung mit ihren vielen gesonderten Buchungen.

Das Risiko für den einzelnen Hinterleger ist geringer, weil es sich verteilt.

Nunmehr bleibt als nächstes zu untersuchen, ob die Vorgirodepotlehre von Opitz auch rechtlich zu halten ist, d. h., ob die Umwandlung des Sondereigentums bei der Einlieferung der Wertpapiere schon bei der vermittelnden Bank und damit vor „Eingang" bei der Wertpapiersammelbank schon möglich ist.[54])

Opitz läßt die Umwandlung von Sondereigentum in Miteigentum bei den zur Girosammelverwahrung der Bank eingelieferten Wertpapieren entsprechend § 6 Abs. 1 bereits bei dem Eingang bei der die Girosammelverwahrung vermittelnden Bank vor sich gehen, und nicht erst bei dem Eingang bei der Wertpapiersammelbank, wie es Schröder für allein möglich hält.

Ich halte eine Eigentumsumwandlung, so wie sie Opitz vor sich gehen läßt, für durchaus möglich.

§ 6 Abs. 1 lautet:

„Werden Wertpapiere in Sammelverwahrung genommen, so entsteht mit dem Zeitpunkt des Eingangs beim Sammelverwahrer für die bisherigen Eigentümer Miteigentum nach Bruchteilen an den zum Sammelbestand des Verwahrers gehörenden Wertpapieren derselben Art. Für die Bestimmung

---

[54]) Ob evtl. Nachteile anderer Art die Vorzüge des Vorgirodepots überdecken, wird im III. Abschnitt zu untersuchen sein.

des Bruchteils ist der Wertpapiernennbetrag maßgebend, bei Wertpapieren ohne Nennbetrag die Stückzahl."

Miteigentum entsteht also mit dem Eingang der Werte beim „Sammelverwahrer", wie das Gesetz sagt. Wenn man sich — wie bereits eingehend ausgeführt — den engen wirtschaftlichen und buchtechnischen Zusammenhang des Vorgirodepots mit dem Sammelbankbestand und das Wesen des Vorgirodepots, so, wie es Opitz verstanden wissen will, mit seiner alleinigen Ausrichtung auf die Girosammelverwahrung, vor Augen hält, das Vorgirodepot als verlängerten Arm der Wertpapiersammelbank als des Sammelverwahrers, beides also als wirtschaftliche Einheit, vorstellt, wird klar, daß die Eigentumsumwandlung sich bereits bei der vermittelnden Bank vollziehen kann und vollzieht. Sie vollzieht sich nach § 6 Abs. 1. Verlautbart wird sie mit dem „Nehmen" in Vorgirodepot und der damit gleichlaufenden Buchung auf Girosammeldepotkonto und der Benachrichtigung des Kunden. Wenn Schröder der Meinung ist, die Buchung könne nicht rechtsgestaltend sein und die Eigentumsumwandlung vollziehen, so ist nach dem nunmehr Gesagten klar geworden, daß die Buchung nicht das Primäre für die Eigentumsgestaltung ist und die Richtigkeit dieser Ansicht zunächst dahingestellt sein kann. Die Buchung vollzieht nicht die Umwandlung, sondern sie verlautbart sie.[55]) Die Buchung zeigt den Willen der Bank, das zu tun, was nach § 6 Voraussetzung der Eigentumsgestaltung ist, nämlich den Willen „zum Nehmen" in Vorgirodepot und damit zum Nehmen in den Girobestand, d. h. Vorgirodepot + Sammelbankbestand.

§ 6 Abs. 1 hat also auch Geltung für das Vorgirodepot.[56])

[55]) Man wird der Buchung aber doch rechtsgestaltende Bedeutung zusprechen dürfen, u. zw. entsprechend § 5 Abs. 2 und § 24 Abs 2. Warum sollte man nicht in analoger Anwendung auch beim Vorgirodepot der Buchung diese Bedeutung geben? Immer aber wird man wenigstens sagen dürfen, daß die Buchung mindestens der Rechtsgestaltung dient. Sowohl mit der Buchung als auch mit der Hereinnahme der Werte zwecks Bearbeitung zur Weiterleitung zur Wertpapiersammelbank, bringt die vermittelnde Bank ihren Willen zum Ausdruck, die Werte während der Bearbeitungszeit in Sammeldepot zu nehmen. Sie hat die Ermächtigung zur Girosammelverwahrung in Händen, und außerdem wird sich, wie auch Schröder zugeben muß (BA XXXVII/200) bei regem Wertpapierverkehr kaum feststellen lassen, wem jedes einzelne Wertpapier gehört. Wenn Opitz dazu a. a. O. einmal sagt, daß das Recht nicht des Rechts wegen da sei, sondern den praktischen Erfordernissen der Wirtschaft zu dienen habe, so ist dem nur voll und ganz beizupflichten.

[56]) Daß § 6 Abs. 1 schon bei dem Nehmen der Werte in Vorgirodepot anwendbar ist, beweist auch folgendes: (Vgl. dazu das Beispiel, das Opitz auf S. 80 seines Erl.Buches bringt.)

Der Nenner des „Bruchteils" steht immer im sachlichen Depotbuch der Bank, die die Wertpapiere körperlich verwahrt, also bei der Wertpapiersammelbank hinsichtlich der Werte, die dort liegen, und hinsichtlich des Vorgirodepots bei der Bank, die dieses körperlich verwahrt. Der Zähler dagegen steht im persönlichen Depotbuch desjenigen Verwahrers, dem die Papiere vom Depotkunden anvertraut sind. Handelt es sich z. B. um Eigentum des Effektengirokunden Za, so ist Za mit $\frac{200\,000}{1\,000\,000}$ bei der Wertpapiersammelbank beteiligt. Der Zähler des Bruches

Zusammenfassend sei noch einmal wiederholt:

Die Bank, der ihr Kunde Wertpapiere mit der Ermächtigung zur Girosammelverwahrung anvertraut hat, gibt ihren Willen, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen, also dadurch kund, daß sie die Wertpapiere als Sammeldepotposten in Bearbeitung nimmt. Damit wird besitztreuhänderisch (vgl. Opitz Bem. 14 zu §§ 6—8) dem Kunden die Gemeinschaft mit ihren Girosammeldepotkunden, d. h. mit den Depotkunden, von denen sie Wertpapiere derselben Art bereits zur Girosammelverwahrung übernommen hatte, vermittelt. Die Bank betrachtet alle so bearbeiteten Wertpapiere als einen einheitlichen Bestand und die Girosammeldepotkunden, soweit sie ihm Wertpapiere ein und derselben Art anvertraut haben, als eine Gemeinschaft. Dem entspricht auch die Buchung aller auf Girosammeldepotkonto.

Wenn von diesen buchmäßigen Girosammeldepotbeständen noch nicht alle in den Sammelbankbestand gelangt sind, sich einzelne vielmehr noch in Bearbeitung befinden, so ergeben sich zwar rechtlich zwei selbständige Bestände, die wirtschaftlich jedoch aufs engste zusammenhängen (Girobestand = Vorgirodepot + Sammelbankbestand).

Jeder dieser Bestände hat einen anderen Verwahrer. Weiterhin ergibt sich ein rechtlicher Unterschied daraus, daß am Sammelbankbestand noch andere, durch andere vermittelnde Banken treuhänderisch vertretene Teilhaber beteiligt sind, während das hinsichtlich des Vorgirodepots nicht der Fall ist. Der Fall liegt also derartig, daß die Girosammeldepotkunden einer vermittelnden Bank Teilhaber

---

steht also nach § 6 Abs. 1 im persönlichen, der Nenner im sachlichen Depotbuch der Wertpapiersammelbank.

Wenn aber die Wertpapiere nicht dem Effektengirokunden gehören, sondern dessen Depotkunden, z. B. dem K, so steht der Zähler des Girosammeldepotbuches im persönlichen Depotbuch des Effektengirokunden, also des Zwischenverwahrers Zi, nämlich RM 100 000. Der Nenner steht im sachlichen Depotbuch der Wertpapiersammelbank (1 000 000). K ist mit $\frac{100\,000}{1\,000\,000}$ an allen Wertpapieren der betreffenden Art bei der Wertpapiersammelbank beteiligt. (Zi überhaupt nicht, weil er kein eigenes Depot hat. Was er der Wertpapiersammelbank anvertraut hat, gehört I, K und Li.) Wenn K wiederum Bankier ist, so ist er garnicht Miteigentümer, sondern vermittelt lediglich mitbesitzend Miteigentum s e i n e n beiden Depotkunden Schulze und Müller. Und wenn Müller dem K Wertpapiere 70 000 anvertraut hat und Schulze 30 000, so beträgt der Bruchteil des Müller $\frac{70\,000}{1\,000\,000}$ und der des Schulze $\frac{30\,000}{1\,000\,000,}$ wobei der Nenner dieser Brüche im sachlichen Depotbuch der Wertpapiersammelbank und die Zähler im persönlichen Depotbuch von K stehen! Alle anderen Posten kürzen sich:

$$\frac{70\,000}{\cancel{100\,000}} \times \frac{\cancel{100\,000}}{\cancel{300\,000}} \times \frac{\cancel{300\,000}}{1\,000\,000}$$

Genau so ist es beim Vorgirodepot, nur ist da die Rechnung um eine Stufe vorgestuft. Aus diesem Beispiel wird gleichermaßen ersichtlich, daß § 6 Abs. 1 zugleich maßgebend sein muß für die Wertpapiersammelbank und das Vorgirodepot.

sowohl am Vorgirodepot, als auch am Anteil der vermittelnden Bank am Sammelbankbestand sind. Dabei handelt es sich um eine Gemeinschaft, die sich nach § 6 Abs. 1 mit ein und demselben Bruch auf zwei Bestände auswirkt, nämlich auf die einzelnen Papiere des Vorgirodepots und auf den Anteil der vermittelnden Bank am Sammelbankbestand. Das Miteigentum an beiden Beständen nach den Grundsätzen der Mischungsrechnung ergibt sich für diejenigen, denen das Eigentum zusteht, nach § 6 Abs. 1. Hierbei kann es sich um Eigenbesitz der vermittelnden Bank handeln, oder um ihre Kunden, oder um solche, denen diese wiederum das Sammeldepotmiteigentum besitztreuhänderisch vermitteln. Maßgebend für den Bruch ist der Nennbetrag oder die Stückzahl der Wertpapiere. Der Zähler dieses Bruches ergibt sich aus dem Nennbetrag bzw. der Stückzahl der Papiere, mit denen der einzelne Miteigentümer beteiligt ist. Der Nenner ergibt sich aus dem Nennbetrag des Vorgirodepots zuzüglich des Zählers des Bruches, mit dem der Kunde am Sammelbankbestand beteiligt ist.

Warum Schröder verlangt, daß die vermittelnde Bank, wenn sie schon Miteigentum verschaffen sollte, dann volles Miteigentum am Sammelbankbestand verschaffen müsse, und warum er ferner sagt: da sie es nicht könne, sondern gleichzeitig auch zum Teil Miteigentum am Vorgirodepot einräumen müsse, wäre die Vorgirodepotlehre von Opitz abzulehnen, kann man nunmehr nur so verstehen, daß er zu dieser Ablehnung offensichtlich

1. in Verkennung des Vorgirodepots und
2. aus dem Gesichtspunkt der Gefährdung kommt, die nach seiner Ansicht bei einer Beteiligung am Vorgirodepot größer ist, als bei einer Beteiligung am Sammelbankbestand.[57])

Sollte aber während der weit längeren Zeit der späteren Aufbewahrung bei der Wertpapiersammelbank — wenn überhaupt davon zu sprechen ist — die Gefährdung nicht eine größere sein, als in der Zeit von höchstens fünf Tagen während der vorläufigen Verwahrung im Vorgirodepot? Und sollte der Wert der Umlegung eines eventuellen Verlustes nicht größer sein, als der Verlust, den der Sondereigentümer allein tragen muß?[58])

III.

Die Mischungsrechnung beim Vorgirodepot: keine Benachteiligung des Kunden.

Birgt nun die Mischungsrechnung beim Vorgirodepot, wie es Opitz darstellt, Nachteile für den Kunden in sich, die zu einer Ablehnung der Vorgirodepotlehre führen müßten, weil dann die Nachteile die Vorteile aufheben würden?

Aus den Beispielen, die Opitz gibt,[59]) ist zu ersehen, daß der

[57]) Vgl. BA XXXVII/199 („Der Sammelbestandanteil bei einer Wertpapiersammelbank ist im Hinblick auf die besondere Beaufsichtigung der Wertpapiersammelbanken dem Haussammelbestandanteil gegenüber privilegiert.")

[58]) Vgl. dazu auch die Ausführungen auf S. 37 der Abhandlung.

[59]) S. 81 des Erl.Buches zum Dep.Ges.

Kunde E mit demselben Bruchteil von $\frac{120\,000}{500\,000}$ an beiden Beständen, dem Vorgirodepot und auch an dem Bestand der vermittelnden Bank bei der Wertpapiersammelbank beteiligt ist. Das Anteilsrecht des Kunden erstreckt sich also auf das Vorgirodepot von Ze und auf das von dieser Bank treuhänderisch verwaltete Sammeldepotguthaben am Sammelbankbestand.

Bei der Frage einer eventuellen Benachteiligung des Kunden wäre zu berücksichtigen, daß neben Ze noch andere Banken der Wertpapiersammelbank als Kunden angeschlossen sein werden. Die Zahl der einer Wertpapiersammelbank angeschlossenen Kunden (Banken) kann hoch sein, und die Zahl der diesen Banken angeschlossenen Kunden kann ebensohoch, wenn nicht noch höher sein, so daß die Summe der einer Wertpapiersammelbank indirekt angeschlossenen Kunden eine sehr hohe sein kann.

Ergibt sich nun etwa durch die genannte zweierlei Beteiligung des einzelnen Kunden für diesen eine Gemeinschaft mit den Depotkunden nicht nur seiner vermittelnden Bank, sondern mit allen Girosammeldepotkunden der anderen vermittelnden Banken, die derselben Wertpapiersammelbank angeschlossen sind? Es würde dann diese Bruchteilsrechnung beim Vorgirodepot zu größten Bedenken Anlaß geben, weil sie ins Uferlose führen müßte.

Daß dieser Fall nicht eintritt, ergibt die Bruchteilsrechnung selbst. An dem Vorgirodepot einer vermittelnden Bank sind ausschließlich ihre Kunden beteiligt, die Wertpapiere zur Girosammelverwahrung eingeliefert haben. Wenn einer dieser Depotkunden wiederum ein Bankier ist, sind dadurch natürlich auch dessen Kunden über das Sammeldepotguthaben dieses Bankiers beteiligt. Es steht der Depotkunde allerdings auch mit den Sammeldepotkunden anderer Banken in einer Gemeinschaft. Diese bezieht sich aber auf den Bestand der Wertpapiere bei der Wertpapiersammelbank, an der ja alle Banken und deren Kunden beteiligt sind, die Werte girosammelverwahren lassen. Die Vorgirodepotgemeinschaft umfaßt dagegen immer nur Teilnehmer aus dem Kundenkreis desjenigen Verwahrers, der das betreffende Vorgirodepot unterhält.

Folgendes Beispiel soll der Erläuterung und dem Beweis dienen:

100 IG Aktien befinden sich im Depot der Wertpapiersammelbank.

Zwei Banken sind daran beteiligt,

Bank I mit 20 IG Aktien,
Bank II „ 80 „ „

Beide Banken unterhalten ein Vorgirodepot von je 2 IG Aktien.

An dem Depot der Bank I sind zwei Kunden beteiligt,
A mit 11 IG Aktien
B „ 11 „ „
An dem Depot der Bank II sind auch zwei Kunden beteiligt,
C mit 41 IG Aktien und
D „ 41 „ „

Nunmehr sind beteiligt:

1. A und B
   am Vorgirodepot bei Bank I
   mit je $\frac{11}{22} \times 2$ IG Aktien, und zuzüglich
   am Bestand der Wertpapiersammelbank
   mit je $\frac{11}{22} \times \frac{20}{100} \times 100$ IG Aktien,

2. C und D
   am Vorgirodepot bei Bank II
   mit je $\frac{41}{80} \times 2$ IG Aktien, und zuzüglich
   am Bestand der Wertpapiersammelbank
   mit je $\frac{41}{80} \times \frac{80}{100} \times 100$ IG Aktien.

Daraus wird ersichtlich, daß bei A und B ebensowenig eine Beteiligung am Vorgirodepot der Bank II, wie bei C und D eine Beteiligung am Vorgirodepot der Bank I besteht.

Jeder Kunde aber hat ein Recht auf die Menge von Aktien, die er zur Girosammelverwahrung eingeliefert hat. Bei A und B ergibt sich z. B. folgende Rechnung:

$$\frac{11}{22} \times 2 \text{ IG Aktien} + \frac{11}{22} \times \frac{20}{100} \times 100 \text{ IG Aktien} =$$

$$1 \text{ IG Aktie} + \frac{220}{22} \text{ IG Aktien} = 11 \text{ IG Aktien.}$$

Ist nun A aber Lokalbankier, der in seinem Vorgirodepot 2 IG Aktien liegen hat, und hat sein Kunde E 4 IG Aktien zur Girosammelverwahrung eingelegt, so errechnet sich der Anteil des E folgendermaßen:

$$\frac{4}{13} \times 2 \text{ IG Aktien} + \frac{4}{13} \left(\frac{11}{22} \times 2 \text{ IG Aktien} + \frac{11}{22} \times \frac{20}{100} \times 100 \text{ IG Aktien} \right) =$$

$$\frac{8}{13} \text{ IG Aktien} + \frac{4}{13} (1 \text{ IG Aktie} + 10 \text{ IG Aktien}) =$$

$$\frac{8}{13} \text{ IG Aktien} + \frac{44}{13} \text{ IG Aktien} = 52 \text{ IG Aktien} = 4 \text{ IG Aktien.}$$

Diese Beispiele mögen genügen, um zu beweisen, daß der Hinterleger durch eine Beteiligung am Vorgirodepot einer vermittelnden Bank

1. nur an dem Vorgirodepot seiner vermittelnden Bank beteiligt ist, und
2. dadurch seines Eigentums niemals verlustig gehen kann.

Der Hinterleger erhält statt Sondereigentum Miteigentum, aber nicht „nur" Miteigentum; denn sein Anteil am Sammelbestand entspricht der Menge und dem Wert seiner eingelieferten Wertpapiere.

Der Hinterleger ist durch die Beteiligung am Vorgirodepot nicht etwa auf einen nur schuldrechtlichen Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren der Art nach beschränkt, wie Schröder anzunehmen scheint, wenn er sagt: „Die Anwendung des § 5 Abs. 2 ist aber nur zulässig, wenn der Wertpapiere zur Sammelverwahrung einliefernde Kunde in keiner auch noch so kurzen Zeitspanne auf lediglich schuldrechtliche Ansprüche beschränkt wird: Solange ihm ein Sammelbestandanteil am Bestand des Kassenvereins nicht übertragen wird, muß sein Sondereigentum an dem von ihm eingelieferten Papier erhalten bleiben." [60])

Das von Schröder vorgeschlagene Vorgirodepot im Sinne der Sonderverwahrung würde im übrigen nur dem Einlieferungsgeschäft genügen. Bei der Auslieferung von Wertpapieren aus dem Bestand der Wertpapiersammelbank muß er sich damit abfinden, daß man zunächst von einem Sammeldepotmiteigentum sprechen muß. Diese Theorie, nach der die ihre Wertpapiere herausverlangenden Hinterleger nur vorübergehend Miteigentum am Vorgirodepot erwerben, bringt den Nachteil mit sich, daß sich die Teilhaber am Vorgirodepot dauernd ändern. Andererseits müssen sie aber für den Fall eines Verlustes festgehalten werden. Alles das bringt mehr Arbeit, mehr Buchungen und große Umständlichkeiten mit sich, was dem vereinfachenden Sinn der Sammelverwahrung zuwiderläuft.

Nach diesen gegenüberstellenden und erörternden Ausführungen über die strittigen Fragen beim Vorgirodepot kann abschließend gesagt werden, daß die Miteigentumslehre von Opitz zunächst einmal rechtlich durchaus zu vertreten ist, ja, daß ihr gegenüber der Lehre von Schröder nicht nur der Vorzug zu geben ist, sondern daß ihr unter Ablehnung der Lehre von Schröder allein gestaltende Bedeutung zugesprochen werden muß. [61])

---

[60]) Vgl. BA XXXVII/199. Das Vorgirodepot hat doch mit Aberdepot nichts zu tun und auch nichts mit der Wertpapierrechnung.

[61]) Für das Vorgirodepot treten ein:
Opitz, Depotgesetz, Bem. 14 und 15 zu § 5,
„ 16 zu §§ 6—8,
„ 5 zu § 9,
„ 7 zu § 18 vorletzter Abs.,
„ 7 zu § 24,
BA XXXVI/336 ff,
Die Deutsche Bankwirtschaft, Bd. III/406, 07,
Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer 1937/1527,
Der Bankkaufmann, Taschenbuch 1938/288, 89,
Fischer: Zeitschrift der Ak. f. D. R. 1937/633,
Gutowski: Das Depotgesetz (Sparkassenheft 21/22), S. 13,
Richter: BA XXXVI/288,
Zahn: D. J. 1937/653,
Zahlungsverkehr und Bankbetrieb 1937/180;

Neben der gesetzlichen Regelung der Sammelverwahrung hat auch

Die Tauschverwahrung (§§ 10, 11)

ihre depotgesetzliche Regelung erfahren. Sie ist enthalten in den §§ 10 und 11. Im Depotgesetz von 1896 war die Tauschverwahrung — gleich der Sammelverwahrung — auch nicht ausdrücklich geregelt. Man handhabte sie aber, aufbauend auf der in § 2 des Depotgesetzes von 1896 enthalten gewesenen Ermächtigung zur Rückgewähr gleichartiger Wertpapiere, nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Tausch. Die Tauschverwahrung kennt zwei Tatbestände:

1. den des § 10 Abt. 1, wonach der Verwahrer vom Hinterleger ermächtigt wird, an Stelle der anvertrauten Wertpapiere andere derselben Art zurückzugewähren, wobei er den Tausch erst bei der Rückgewähr vornehmen darf, und
2. den des § 10 Abs. 2, wonach der Verwahrer ermächtigt wird, die ihm anvertrauten Wertpapiere durch solche derselben Art zu ersetzen, und zwar auch schon während der Verwahrungszeit.

Die äußerlich gleichscheinenden Tatbestände sind bei näherer Betrachtung insofern verschieden, als der des § 10 Abs. 1 die Erfüllungsleistung zum Gegenstande hat (§§ 362, 364, 695 BGB), während der des § 10 Abs. 2 das hinterlegte Wertpapier selbst betrifft.

Der Hinterleger willigt in eine Auswechslung durch den Verwahrer, entgegen den Bestimmungen der §§ 688, 695 BGB, ein. Dieser rechtliche Unterschied aber spielt in der Praxis insofern weiter keine Rolle, als die Ermächtigung zu 2, also die Wertpapiere durch andere zu ersetzen, auch die zu 1, andere Stücke zurückzugewähren, mitumschließt. Außerdem umfaßt die Ermächtigung des § 11 zur Rückgewähr anderer Wertpapiere auch die zur Auswechslung.[1]) Daß selbstverständlich nur vertretbare Wertpapiere getauscht werden können, ergibt sich daraus, daß eine Rückgewähr gleichartiger Stücke nur bei vertretbaren Wertpapieren möglich ist. Für beide Ermächtigungen ist dieselbe Formstrenge vorgeschrieben. Die Ermächtigungen haben folgenden Wortlaut:[2])

„Ich — Wir — ermächtige . . Sie, die nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten — Ihnen anvertrauten Wertpapiere durch andere Wertpapiere derselben Art zu ersetzen."

Oder:

„Ich — Wir — ermächtige . . Sie, an Stelle der nachstehend verzeichneten, — in der Anlage aufgeführten, — Ihnen anvertrauten

Gegen das Vorgirodepot treten ein:
Quassowski-Schröder, Bankdepotgesetz, Anm. 5 zu § 5, Anm. 2 zu § 6,
Schröder: DJ. 1937/658, 659, 1347, BA XXXVII/196 ff,
Cholewa: Dissertation Breslau. 1937.

[1]) (Vgl. dazu Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 3 zu den §§ 10 und 11 und die amtliche Begründung zu diesen Paragraphen.)

[2]) (Vgl. die Formularentwürfe im Rundschr. 49 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe vom 24. III. 1937.)

Wertpapiere, mir — uns — Wertpapiere derselben Art zurückzugewähren."

Mit der Ermächtigung zur Tauschverwahrung wird nicht etwa die Ermächtigung zu Maßnahmen anderer Art erteilt (§ 11, Satz 2).[3]) Man kann die Tauschverwahrung auch nicht als besondere Art der Verwahrung ansprechen.[4]) Man wird sie vielmehr als Art der Sonderverwahrung ansehen dürfen, auch wenn sie den Verlust des Eigentums an diesen Wertpapieren zur Folge hat; denn die anvertrauten Wertpapiere müssen gesondert zunächst aufbewahrt werden und erst auf Grund der erteilten Ermächtigung nach § 10 Abs. 2 oder der nach § 11 Abs. 1, die ja die Ermächtigungen des § 10 Abs. 1 und 2 umfaßt, wird der Tausch ermöglicht. Er hat so vor sich zu gehen, „daß das Sondereigentum in keinem Falle beeinträchtigt oder zweifelhaft wird. Nur der Gegenstand des Eigentums wechselt, nicht die Person des Eigentümers."[5]) Die Übereignung erfolgt durch Bänderung der neuen Stücke (§§ 930, 181, 688, 868 BGB).[6]) Der Hinterleger bleibt also immer Eigentümer bestimmter Stücke, wenn auch im Augenblick des Tausches nicht der hinterlegten Stücke. Ihm bleibt aber immer ein dinglicher Anspruch gegen den Verwahrer, und damit wird der Unterschied zur unregelmäßigen Verwahrung klar, bei der der Hinterleger nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr von Wertpapieren derselben Art behält.[7]) Daß trotzdem das Gesetz für die Tauschverwahrung eine strenge Form vorschreibt, obgleich die Begründung zu § 10 zugibt, daß die Rechtsstellung des Hinterlegers „am wenigsten beeinträchtigt wird", ist nur durch das Bestreben des Gesetzgebers erklärlich, jede nur erdenkliche Sicherung für den Depotkunden zu schaffen. Die Praxis bedient sich in nicht unerheblichem Umfange dieser Tauschermächtigung, da damit dem Verwahrer die Möglichkeit gegeben wird, einem Hinterleger, der Wertpapiere in bestimmter Stückelung haben möchte, solche aus dem Depot eines anderen Hinterlegers, von dem er eine gleiche Ermächtigung in Händen hat, zu entnehmen und zu tauschen.[8])

[3]) Der Verwahrer ist also nicht etwa zur Verpfändung (§ 12) oder unregelmäßigen Verwahrung (§ 15) berechtigt. Er darf sich die Wertpapiere auch nicht etwa entsprechend § 13 aneignen.

[4]) (Vgl. auch Quassowski-Schröder, Kommentar zum Depotges. Nr. 1 zu § 10 und Opitz Erl.Buch zum Depotges. Bem. 6 zu den §§ 10 und 11.)

[5]) Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz Bem. 6 zu §§ 10 und 11.

[6]) Vgl. RGZ 52/130, 73/418, 99/210, JW 1927/2013, BA XXIX/281.

[7]) Vgl. die Ausführungen bei der unregelmäß. Verwahrung.

[8]) Wenn aber Zinsscheinbogen bei Pfandbriefen erneuert werden sollen, weil zu den bisherigen aufgerufenen Emissionen neue Zinsbogen nicht mehr gedruckt werden (vgl. z. B. die 4½% Gold-Pfandbriefe Emission 12 der schles. Boden-Credit-Aktiengesellschaft) ist für den Verwahrer die besondere schriftliche Ermächtigung des Hinterlegers n i c h t erforderlich, da keine Tauschverwahrung i. S. des § 10 vorliegt.

Bei dem Umtausch von, kurz gesagt, „Schles. Pfandbriefen" in „Centralboden" handelt es sich darum: Wenn vom Bogen die Zinsscheine von Schles. Landsch. Pfandbriefen abgelaufen sind, erhält der Inhaber einen neuen Bogen von „Centralboden". Es würde dann also der Emittant der Zinsscheine einen anderen

Die Pfandverwahrung (§ 17).

Auch die Pfandverwahrung des § 17, die die Verpfändung von Wertpapieren oder Sammeldepotanteilen an einen Verwahrer zum Gegenstand hat, ist nicht als besondere Verwahrungsart zu bezeichnen.[1]) Daß das Gesetz eine Trennung der Vorschriften über das Anvertrauen von Kundenwerten zur Verwahrung und als Pfand vorgenommen hat, ist, wie die Begründung zu § 17 sagt, „aus Gründen der Übersichtlichkeit" geschehen. „Sie bedeutet praktisch keine Änderung des geltenden Rechtszustandes, da auch nach dem Entwurf der Pfandgläubiger dieselben Rechte und Pflichten haben soll, wie der Verwahrer." Aber auch nach bürgerlich-rechtlicher Anschauung treffen den Pfandnehmer in § 1215 BGB dieselben Pflichten wie den Verwahrer, und allein daraus schon wäre zu schließen, daß auch die depotrechtliche Behandlung des Pfandnehmers trotz der Trennung von den Verwahrervorschriften die gleiche sein dürfte, wie die des Verwahrers. Die Richtigkeit dieser Ansicht dürfte auch die bereits erwähnte Tatsache beweisen, daß verpfändete Wertpapiere oder Sammeldepotanteile sich sehr häufig im Zeitpunkt der Verpfändung bereits zur Verwahrung in den Händen des Pfandnehmers befinden werden und auch bei der Verpfändung immer noch schutzwürdiges Eigentum des Pfandgebers bleiben.

Gegenstand der Pfandverwahrung können alle in § 1 Abs. 1 genannten Wertpapiere sein. Auch Sammeldepotanteile fallen darunter, obgleich sie in § 17 keine Erwähnung gefunden haben. Diese Ansicht wird bestätigt durch die Überlegung, daß die Bestellung eines Pfandrechts an einem Sammeldepotanteil eine Verfügung über den Anteil ist, die diesen belastet und damit eine unmittelbare Rechtsänderung bewirkt. Die Zulässigkeit der Verpfändung kann aus den §§ 747 Satz 1, 1008, 1258 BGB und § 9 Dep. Ges. gefolgert werden.[2])

Die Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum, die unregelmäßige Verwahrung und das Wertpapierdarlehen.

Der Depotkunde kann im übrigen durch eine Erklärung den Verwahrer auch ermächtigen, sich die anvertrauten Wertpapiere anzueignen oder das Eigentum an ihnen auf einen Dritten zu übertragen, um alsdann nur verpflichtet zu sein, Wertpapiere derselben

---

Namen (Centralboden) tragen, als die alten Mäntel, die noch auf den Namen der Schles. Landsch. Pfandbriefe als Emittenten lauten. Diese Auswechslung ist aber, wie gesagt, nicht Tauschverwahrung i. S. der §§ 10, 11 D.G. Tauschverwahrung ist immer Austausch eines für einen Kunden verwahrten Wertpapiers mit einem Wertpapier, das von einem anderen Kunden hinterlegt ist. Diese Voraussetzung fehlt hier. Die Handlung der Hinterlegung ist vielleicht garnicht einmal Kommissionsgeschäft i. S. von § 26, sondern lediglich eine Verwaltungshandlung.

[1]) (Vgl. die amtliche Begründung zu § 17 und die Ausführungen von Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer 1937, Heft 34.)

[2]) (Vgl. hierzu auch die ausführliche Darstellung von Opitz in BA XXVII/195, Staudinger, 10. Aufl. Anm. 5 und 6 zu § 1258 BGB, RGRK Anm. 10 zu § 1205 und Anm. 8 zu § 1258 BGB, Opitz in JW 1928/2603.)

Art zurückzugewähren (§ 13 Abs. 1). Mit dieser „Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum" erfolgt ein am weitesten gehender Eingriff in die Eigentumsrechte des Depotkunden, und es setzt daher der entsprechende depotrechtliche Schutz in Form der größten Formstrenge ein, die für diese ermächtigende Erklärung vorgeschrieben ist. Die Erklärung muß ausdrücklich und schriftlich gegeben sein und in dieser Erklärung muß zum Ausdruck kommen, daß mit der Ausübung der Ermächtigung das Eigentum auf den Verwahrer oder einen Dritten übergehen soll und mithin für den Hinterleger nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Lieferung nach Art und Zahl bestimmter Wertpapiere entsteht. Die Erklärung darf weder auf andere Urkunden verweisen, noch mit anderen Erklärungen des Hinterlegers verbunden sein. Es soll sich der Depotkunde über den Umfang seiner Erklärung voll und ganz klar sein oder werden.

Eine solche Ermächtigung hat folgenden Wortlaut: [3])

„Ich — Wir — ermächtige . . Sie, das Eigentum an den nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten — Ihnen anvertrauten Wertpapieren — Sammeldepotanteilen — auf sich selbst oder einen Dritten zu übertragen. Mit der Ausübung dieser Ermächtigung soll das Eigentum an diesen Wertpapieren — Sammeldepotanteilen —auf Sie oder den Dritten übergehen, so daß für mich — uns — ein nur schuldrechtlicher Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren derselben Art und Zahl entsteht."

Im alten Depotgesetz war dem Verwahrer durch die Bestimmung des § 2 gestattet, über die ihm anvertrauten Wertpapiere „zu eigenem Nutzen" zu verfügen. Er war damit also ermächtigt, nach eigenem Gutdünken und in jeder Form über die fremden Werte zu verfügen, sie also auch unbeschränkt zu verpfänden, sich oder einem andern zu übereignen, oder sie auch nur zu verwahren. Da sich der Depotkunde bei der Erteilung einer so weitgehenden Ermächtigung, wie der zur Verfügung „zu eigenem Nutzen" oftmals über den Umfang seiner Erklärung nur klar zu sein g l a u b t e, traten für ihn Benachteiligungen ein, die er am Ende nicht gewollt hatte, und die sich bei einem Konkurs des Verwahrers dahin auswirkten, daß der Depotkunde auf Grund seiner erteilten Ermächtigung seiner Eigentumsrechte an den anvertrauten Werten verlustig gegangen und schlechterdings nur gewöhnlicher Konkursgläubiger, aber nicht mehr aussonderungsberechtigt war. Im Interesse des Kundenschutzes ist daher im neuen Depotgesetz die Möglichkeit der Erteilung einer Ermächtigung zur Verfügung „zu eigenem Nutzen" beseitigt und aufgelöst worden in die „Ermächtigung zur Verpfändung" (§ 12), und in die „Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum." [4])

Bei der „E r m ä c h t i g u n g z u r V e r f ü g u n g ü b e r d a s E i g e n t u m" bleibt der Depotkunde solange Eigentümer der hin-

[3]) (Vgl. die Formularentwürfe im Rundschreiben 49 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe vom 24. III. 1937.)

[4]) Vgl. auch die Begründung zu § 13.

terlegten Wertpapiere, solange der Verwahrer von der ihm erteilten Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat.[5]) Diese, wie gesagt, am weitesten gehende Erklärung umfaßt naturgemäß alle anderen Ermächtigungen, also z. B. die zur Sammelverwahrung, zur Tauschverwahrung, oder zu einer der Verpfändungsarten des § 12.

Einer ähnlich lautenden Erklärung bedarf es für den Fall des § 13, den der schon erwähnten sogenannten unregelmäßigen Verwahrung, bei der zwischen dem Depotkunden und dem Verwahrer vereinbart wird, daß das Eigentum sofort auf den Verwahrer oder einen Dritten übergeht und für den Depotkunden lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren derselben Art bestehen bleibt, den man, wie gleichfalls schon erwähnt, als „Aberdepot" bezeichnet. Eine derartige Vereinbarung hat folgenden Wortlaut:[6])

„Ich bin — Wir sind — damit einverstanden, daß das Eigentum an den nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten — Wertpapieren — Sammelbestandanteilen — sofort auf Sie oder einen Dritten übergeht, und daß für mich — uns — nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren derselben Art und desselben Nennbetrages — derselben Stückzahl — entsteht.

Diese Wertpapiere sollen Sie als Darlehen schulden.[7])

Da auch bei der sogenannten unregelmäßigen Verwahrung ein Eigentumsverlust des Depotkunden an den dem Verwahrer anvertrauten Werten — und zwar hier sofort bei der Anvertrauung — eintritt, bedarf auch diese Vereinbarung im Interesse des Kundenschutzes zu ihrer Gültigkeit obiger Form. Sie muß für jedes Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben sein, in ihr muß zum Ausdruck kommen, daß ein sofortiger Eigentumsübergang stattfinden soll und damit für den Depotkunden ein nur schuldrechtlicher Anspruch auf Lieferung von nach Art und Zahl bestimmten Wertpapieren entsteht. Eine Verweisung hierbei auf andere Urkunden oder eine Verbindung mit anderen Erklärungen darf nicht erfolgen. Lediglich im Verkehr zwischen einem Hinterleger und einem Verwahrer, der gewerbsmäßig Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, tritt auch hier nach § 16 Befreiung von dem Erfordernis der Form ein. Gegenstand der Eigentumsübertragung können, wie bei der Ermächtigung des § 13 zur „Verfügung über das Eigentum" nur vertretbare Wertpapiere sein,[8]) oder Sammeldepotanteile an solchen. Das kann daraus gefolgert werden, daß von der Verwahrung ausgegangen wird und es keinen Unterschied machen kann, ob der Hinterleger bestimmte Wertpapiere oder Sammeldepotanteile an

---

[5]) Vgl. RGZ 52/204, 58/285, in denen ausgeführt wird, daß das Wertpapiereigentum solange bei dem Hinterleger bleibt, als nicht der Verwahrer den Aneignungsakt vollzogen hat.

[6]) Vgl. die Formularentwürfe im Rundschreiben 49 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe vom 24. III. 1937.

[7]) Dieser Satz fällt, wenn er nicht zutrifft, weg.

[8]) Vgl. § 700 BGB und Opitz in seinem Erl.Buch zum Depotges. Bem. 4 zu § 13 und Bem. 5 zu § 15.

den bestimmten Wertpapieren des Sammelbestandes gegen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren eintauscht. Eine materiellrechtliche Regelung bezüglich des Eigentumsüberganges wird aber in § 13 ebensowenig getroffen, wie bei der unregelmäßigen Verwahrung des § 15.[9]) Man kann die Ermächtigung des § 13 zur Verfügung über das Eigentum als Vorstufe für die unregelmäßige Verwahrung bezeichnen. Während aber § 15 die Vereinbarung über den sofortigen Eigentumsübergang nach § 700 Abs. 1, Satz 1 BGB enthält, wird in § 13 der Tatbestand des § 700 Abs. 1, Satz 2 BGB depotrechtlich behandelt, wonach sich erst bei der Aneignung durch den Verwahrer das Wertpapiereigentum in einen nur schuldrechtlichen Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren derselben Art umwandelt.

Das Gesetz sagt in § 15 Abs. 1, daß bei der unregelmäßigen Verwahrung die depotgesetzlichen Verwahrervorschriften keine Anwendung finden können. Die gleiche Vorschrift ist in § 13 Abs. 2 enthalten, wonach auch von dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges an lediglich nur noch die Erklärung, nicht aber das ihr zugrundeliegende Rechtsgeschäft die depotrechtliche Regelung und ihren Schutz be- und erhalten sollen. Die begründende Erklärung ist darin zu suchen, „daß ein solches Verwahrungsgeschäft nicht in den Rahmen einer Regelung, die die Erhaltung des Kundeneigentums zur gedanklichen Grundlage hat, paßt."[10])

Daß die Vorschriften über die unregelmäßige Verwahrung auch auf das Wertpapierdarlehen Anwendung finden, d. h., wenn Wertpapiere einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes als Darlehen gewährt werden, besagt § 15 Abs. 3. Es finden also auch hierbei die depotrechtlichen Vorschriften auf das zugrundeliegende Rechtsgeschäft keine Anwendung, weil einmal zur Hergabe eines Darlehens eine Eigentumsübertragung erforderlich ist und andernfalls die Vorschriften des § 15 über die unregelmäßige Verwahrung durch die Hingabe eines Darlehens umgangen werden könnten.[11])

Die Drittverwahrung (§ 3).

Das neue Depotgesetz überläßt es, — entgegen den Bestimmungen des Depotgesetzes von 1896 — dem Gutdünken des Verwahrers, ob er die Werte bei sich oder einem Dritten verwahren will (§ 3), es sei denn, daß ein ausdrückliches Verbot des Depotkunden zur Drittverwahrung vorliegt.[1]) Aus der Berechtigung zur Drittverwahrung aber ergeben sich für das Kreditinstitut keinerlei weitere

[9]) Auch durch § 2 des Depotgesetzes von 1896 sollten keine materiellrechtlichen Bestimmungen getroffen werden. Dies blieb auch damals schon den Bestimmungen des BGB überlassen. (Vgl. RGZ 52/204.)

[10]) Vgl. Begründung zu § 13.

[11]) Vgl. Begründung zu § 15.

[1]) § 3 zeigt, daß auch einmal eine Erleichterung für die Banken geschaffen worden ist „da sonst die Wertpapierverwahrung und der Wertpapierhandel in volkswirtschaftlich nicht vertretbarer Weise erschwert und behindert würde. (Vgl. die einleitende Begründung zum Depotgesetz.)

Rechte, wie etwa das zur Verfügung über das Eigentum (§ 13), oder zur Verpfändung der Werte (§ 12). Im Geltungsbereich des Depotgesetzes von 1896 stand dem Verwahrer die Befugnis zur Drittverwahrung entsprechend § 691 BGB im Zweifel nicht zu. Die Praxis aber leitete die Berechtigung hierzu aus der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 56/159 und regelmäßig aus den Geschäftsbedingungen ab. Nunmehr aber hat der Verwahrer diese Befugnis ausdrücklich durch das Depotgesetz erhalten, und zwar auch aus dem Gesichtspunkte des erhöhten Kundenschutzes, wie aus praktischen Erwägungen heraus, wenn z. B. bei Nichtvorhandensein geeigneter Tresoranlagen bei dem Lokalbankier für diesen die Drittverwahrung bei einem Zentralbankier im Interesse der Sicherheit der Werte als Notwendigkeit erscheint. Da, wie bereits erwähnt, Formvorschriften für den Verkehr des Depotkunden mit seinem Verwahrer nur dort bestehen, wo sein schutzwürdiges Interesse eine Bevormundung erheischt, hat der Gesetzgeber für die Drittverwahrung keine Formvorschriften aufgestellt. Er hielt es deswegen für nicht erforderlich, weil der Verwahrer für ein Verschulden des Drittverwahrers wie für eigenes Verschulden haftet (§ 3 Abs. 2). Außerdem sollen Schwierigkeiten vermieden werden, die bei der Auswahl des Drittverwahrers zwischen Kunden und Verwahrer entstehen können. Die Belange der Kunden sind aber durch die ihnen in § 695 BGB gesetzte Möglichkeit, seine Wertpapiere jederzeit wieder heraus zu verlangen, schon genügend gesichert.[2])

Mit dem Augenblick der Drittverwahrung erweitert sich die Kette, die bisher aus den zwei Gliedern Depotkunde und Verwahrer bestand, um ein weiteres Glied, den vom Gesetz so genannten Drittverwahrer, wobei das zweite Glied (Verwahrer) als Zwischenverwahrer bezeichnet wird (§ 3 Abs. 2). Diese Kette kann jederzeit beliebig erweitert werden, wobei das letzte Glied immer als Drittverwahrer, die Zwischenglieder vom Depotkunden aufwärts, als 1., 2., 3. und so weiter Zwischenverwahrer zu bezeichnen sind. Der jeweilige Drittverwahrer muß die Verwahrereigenschaften des § 1 Abs. 2 besitzen. Mit dieser Forderung will das Gesetz Garantien für eine ordnungsmäßige Durchführung der Drittverwahrung schaffen, immer mit dem Endziel des Kundenschutzes.[3]) Aber auch der Zwischenverwahrer behält weiter die Rechte und Pflichten eines Verwahrers mit Ausnahme derjenigen, die nur einen unmittelbaren Verwahrer treffen können, wie die Pflicht zur Sonderverwahrung.[4])

Der Zwischenverwahrer haftet für ein Verschulden des Drittverwahrers wie für eigenes Verschulden. Selbst wenn ihm der Depotkunde die Haftung erlassen hat, haftet er noch für eine sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers, es sei denn, daß ihm d i e s e r gerade vom Depotkunden bestimmt worden ist (§ 3 Abs. 2).

In § 3 Abs. 1, Satz 2, ist ausdrücklich bestimmt, daß Zweigstellen desselben Verwahrers sowohl untereinander als auch im Verkehr

---

[2]) Vgl. die Begründung zu § 3.
[3]) Vgl. die Begründung zu § 3.
[4]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 3 zu § 3 und Bem. 6a zu § 2.

mit der Hauptstelle als verschiedene Verwahrer im Sinne dieser Vorschriften anzusprechen seien, es sich also um selbständige Unternehmen, also um verschiedene Rechtspersönlichkeiten handle.

Durch die gesetzliche Feststellung, daß z. B. Zweig- und Hauptstellen nicht als ein und dieselbe, sondern als verschiedene Rechtspersönlichkeiten im Sinne dieser Vorschriften aufzufassen seien, wird vermieden, daß Zweifel über die Zulässigkeit der Drittverwahrung hierbei auftauchen könnten.[5]) Den Banken aber wird die Möglichkeit gegeben, „das Wertpapierverwahrungsgeschäft technisch so auszugestalten, als ob es sich bei den einzelnen Niederlassungen um selbständige Unternehmungen handle, also insbesondere unter ihrem Namen Wertpapiere verschiedener Depotkunden gemeinsam aufbewahren zu lassen.“[6]) Es kann also die Verpflichtung des § 2 zur Sonderverwahrung hierbei außer Berücksichtigung bleiben. Ein anderer Zweck als der genannte wird auch von der Begründung zu § 3 dieser Bestimmung nicht beigelegt, sodaß man der Folgerung von Opitz in seinen erläuternden Bemerkungen zu § 3 nur voll und ganz darin beipflichten kann, daß die Bestimmung des § 3 Abs. 1, Satz 2 nur Bedeutung hat für § 3 Abs. 1 und § 5 Abs. 3,[7]) im übrigen aber alle Niederlassungen derselben Unternehmungen nicht als verschiedene Rechtspersönlichkeiten zu gelten haben.

Daß bei der unregelmäßigen Verwahrung (§ 15 Aberdepot), bei der die Vereinbarung getroffen wird, daß das Eigentum an den Wertpapieren sofort übergehen soll, eine Drittverwahrung nicht stattfinden kann, steht außer Frage. Etwas anders ist es schon bei der „Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum“ (§ 13), bei der der Verwahrer zur Aneignung der Wertpapiere oder zur Übertragung auf einen Dritten berechtigt sein soll. Hierbei ist selbstverständlich die Drittverwahrung wenigstens bis zu dem Augenblicke der Aneignung oder Übertragung der Werte an einen Dritten möglich.

Die Drittverpfändung (§ 12).

Der Depotkunde wird seiner Bank als Verwahrer Wertpapiere aber nicht nur zur Verwahrung anvertrauen, sondern auch zum Pfande geben, denn er wird auch mit seinen Werten „arbeiten“ wollen, er wird auch einmal aus irgend einem Grunde und zu irgend einem Zwecke einen Kredit der Bank in Anspruch nehmen wollen oder müssen. Zu diesem Zwecke wird er seine der Bank anvertrauten Wertpapiere verpfänden, oder er wird der Bank, mit der er noch nicht in Verbindung steht, für die Inanspruchnahme dieses Kredits Wertpapiere als Sicherheit zum Pfand geben. Für diese Fälle bestimmt § 17, wie bei der Pfandverwahrung schon erwähnt, daß, wenn einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen als Pfand anvertraut werden, dieser als Pfandgläubiger die Rechte und Pflichten eines Verwahrers

[5]) Vgl. Begründung zu § 3.
[6]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 4 zu § 3.
[7]) Auf die Sammelverwahrung bei einem Dritten ist § 3 anzuwenden.

haben soll. Hat also der Pfandgläubiger nach § 17 zwar die Rechte und Pflichten eines Verwahrers, so darf er doch nicht, entsprechend der Drittverwahrung, zur Drittverpfändung der ihm anvertrauten Wertpapiere schreiten, ohne eine ihn hierzu ermächtigende Erklärung des Depotkunden (Hinterlegers) in Händen zu haben. Will also ein Depotkunde von seinem Lokalbankier, bei dem er z. B. Wertpapiere oder Sammeldepotanteile schon zur Verwahrung hinterlegt hatte, einen Kredit eingeräumt erhalten, so muß er ihm dafür eine Sicherheit geben und wird dies in der Form der Verpfändung seiner Wertpapiere oder Sammeldepotanteile tun. Bei diesen Kreditgeschäften aber wird oft der Fall eintreten, daß der Lokalbankier entweder im Augenblick selbst nicht genügende Barmittel bereitstellen kann und für seinen Kunden bei einem Zentralbankier einen Kredit aufnehmen muß, oder, daß er den Kredit zwar selbst geben kann, sich für ihn aber die Notwendigkeit ergibt, bei einem Zentralbankier sich im Interesse seiner eigenen Liquidität zu refinanzieren. Für beide Fälle aber wird der Zentralbankier eine Sicherheit verlangen. Im Interesse einer schnellen Krediteinräumung und zur Sicherung des Zentralbankiers muß nun der Depotkunde seinem Lokalbankier die Ermächtigung zur Drittverpfändung erteilen, ohne die der Lokalbankier niemals zu einer Drittverpfändung der Kundenwerte berechtigt ist. Der Grund für diese Forderung, die das Depotgesetz in § 12 Abs. 1 aufstellt, ist darin zu suchen, daß die Kundenwerte, die nach der banküblichen Pfandabrede schon für die Forderungen des Lokalbankiers an den Depotkunden, die mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind, haften,[1]) durch die Drittverpfändung in eine weitere Pfandverstrickung zur Sicherung von Forderungen geraten, die dem Drittpfandnehmer = Drittverwahrer = Zentralbankier gegen den nunmehr zum Zwischenverpfänder = Zwischenverwahrer gewordenen Lokalbankier zustehen.

Diesen ersten Grundsatz, den das Depotgesetz als Voraussetzung für eine wirksame Drittverpfändung aufstellt, kann man den

Grundsatz des Ermächtigungszwanges

nennen.[2])

Diese Ermächtigung kann heut auch nicht mehr, wie früher, im Rahmen einer allgemeinen Erklärung des Lokalbankiers, zur Verfügung über die Wertpapiere „zu eigenem Nutzen" berechtigt zu sein, erteilt werden, sondern in § 12 Abs. 1 wird weiterhin grundsätzlich bestimmt, daß diese Ermächtigung für jedes Verpfändungsgeschäft ausdrücklich und schriftlich erteilt werden muß und weder in den Geschäftsbedingungen des Verwahrers enthalten sein, noch auf andere Urkunden verweisen darf.

Diese zweite grundsätzliche Forderung des Depotgesetzes kann man den

Grundsatz der Formstrenge

nennen,[3]) der überhaupt im ganzen Depotgesetz immer dort anzu-

[1]) Vgl. Koch-Schütz-Bahr S. 19 ff und RGZ 113/428.
[2]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 12.
[3]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 12.

treffen ist, wo, wie hier bei der Drittverpfändung, Eingriffe in Rechte der Depotkunden an ihren Wertpapieren oder Sammeldepotanteilen erfolgen.

Als dritte grundsätzliche Forderung für eine wirksame Drittverpfändung verlangt das Depotgesetz in § 12 Abs. 1 die bereits erwähnte Krediteinräumung, d. h. die Gewährung eines Kredits oder doch wenigstens die feste Bereitstellung eines solchen an den Depotkunden. Erst wenn eine formgerechte und damit gültige Ermächtigung erteilt u n d auch eine Krediteinräumung erfolgt ist, darf eine Drittverpfändung der Wertpapiere oder Sammeldepotanteile durch den Lokalbankier f ü r d i e s e K r e d i t e i n r ä u m u n g erfolgen. Der Begriff der Krediteinräumung bedeutet, wie gesagt, nicht allein die Gewährung eines Kredits, sondern auch schon seine feste Bereitstellung. Die Ausübung der Verpfändungsermächtigung ist aber auch schon dann gestattet, wenn sie gerade dazu führen soll, dem Lokalbankier die Möglichkeit der Gewährung oder Bereitstellung eines Kredits zu verschaffen. Dann aber muß der Kredit auf Anfordern auch wirklich gewährt werden. [4])

Diese dritte grundsätzliche Forderung des Depotgesetzes für eine Drittverpfändung kann man den

G r u n d s a t z d e r K r e d i t v e r s t r i c k u n g

nennen. [5])

Um zum weiteren Schutze der Depotkunden eine Gewähr dafür zu bieten, daß nicht unlauteren oder leichtfertigen Elementen bei der Finanzierung, bzw. Refinanzierung des Kredits die Möglichkeit gegeben wird, unter Ausnutzung der Zwangslage anderer „Geschäfte zu machen", ist als vierte grundsätzliche Forderung weiterhin bestimmt, daß die Ermächtigung nur durch Drittverpfändung an einen Verwahrer im Sinne des § 1 Abs. 2 ausgeübt werden darf. Hierbei ist Verwahrer nicht nur derjenige Kaufmann, der Wertpapiere bereits in Verwahrung hat, sondern auch derjenige, der überhaupt Wertpapiere zu verwahren p f l e g t.

Diese vierte grundsätzliche Forderung des Depotgesetzes bei der Drittverpfändung kann man als den

G r u n d s a t z d e r G l ä u b i g e r e i g n u n g

bezeichnen. [6])

Der Verwahrer, der zur Verpfändung von Wertpapieren oder Sammeldepotanteilen ermächtigt ist, darf die Ermächtigung so, wie sie ihm gegeben worden ist, auch jederzeit zu gleichem Zwecke wiederum einem anderen Verwahrer weitergeben.

Diesen Grundsatz, der wie sämtliche vorausgegangenen Grundsätze für alle Verpfändungsarten gleichmäßig Geltung hat, kann man den

---

[4]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, zu § 12 und Quassowski-Schröder, Kommentar zum Depotgesetz, unter B 1 zu § 12.

[5]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 12.

[6]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 12.

Grundsatz des Weiterermächtigungsrechts nennen.[7])

Die Ermächtigung zur Drittverpfändung (Weiterverpfändung) der einem Verwahrer anvertrauten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile zum Zwecke einer Krediteinräumung kann der Depotkunde (Hinterleger) entsprechend den vom Depotgesetz in § 12 vorgesehenen drei Verpfändungsarten

der üblichen Verpfändung (§ 12 Abs. 2),
der beschränkten Verpfändung (§ 12 Abs. 3) und
der unbeschränkten Verpfändung (§ 12 Abs. 4)

in folgender Form erteilen:[8])

1. Die übliche Verpfändung:

..Ich — Wir — ermächtige . . Sie, die nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten — Ihnen anvertrauten Wertpapiere oder Sammelbestandanteile zu verpfänden."

2. Die beschränkte Verpfändung:

..Ich — Wir — ermächtige . . Sie, alle Ihnen anvertrauten oder künftig anzuvertrauenden Wertpapiere oder Sammelbestandanteile zu verpfänden, jedoch nur bis zur Höhe des mir — uns — jeweils eingeräumten Kredits."

3. Die unbeschränkte Verpfändung:

..Ich — Wir — ermächtige . . Sie, die nachstehend verzeichneten — in der Anlage aufgeführten — Ihnen anvertrauten Wertpapiere oder Sammelbestandanteile unbeschränkt, also für alle Ihre Verbindlichkeiten und ohne Rücksicht auf die Höhe des mir — uns — eingeräumten Kredits zu verpfänden."

Diese drei Formen der Ermächtigung zur Drittverpfändung bilden also heut, wie bereits erwähnt, im Gegensatz zu früher, die einzigen Möglichkeiten für den Lokalbankier (Zwischenverwahrer, Zwischenverpfänder), die ihm anvertrauten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile an einen Zentralbankier (Drittpfandnehmer) weiterzuverpfänden. Daraus folgt, daß jede andere Verpfändung, soweit sie über den Rahmen der weitestgehenden Verpfändung hinausgeht, nichtig ist. Zwischenstufen zwischen den drei Verpfändungsarten sind dagegen zu vereinbaren möglich (§ 140 BGB), so daß z. B. der Depotkunde den Lokalbankier ermächtigen darf, bei der üblichen Verpfändung mehr Wertpapiere zu verpfänden, als dem eingeräumten Kredit entspricht. Jede durch Parteiabrede veränderte Verpfändungsart bedarf für die Erklärung des Kunden aber der Formvorschrift der nächsthöheren Stufe. Befreit z. B. der Depotkunde bei der beschränkten Verpfändung den Lokalbankier davon, keinen höheren als den ihm eingeräumten Kredit aufzunehmen, so muß diese Erklärung zumindest in der Form des § 12 Abs. 1 erfolgen.

---

[7]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 und 11 zu § 12.

[8]) Die Formularentwürfe im Rundschreiben 49 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe vom 24. III. 1937.

Das Gesetz stellt zunächst Grundsätze für
die übliche Verpfändung

auf, die nach der Absicht des Gesetzgebers, der sie im neuen Depotgesetz erstmalig geschaffen hat, wegen ihrer Wirtschaftlichkeit und gleichzeitigen Sicherheit den Regelfall bilden soll. Die Begründung zu § 12 spricht, ebenso wie Quassowski — Schröder, von regelmäßiger Verpfändung, während Opitz die vom Gesetz nicht ausdrücklich mit einem Namen belegte Verpfändungsart, die den Regelfall bilden soll, — m. E. treffend — „übliche" Verpfändung nennt. Treffend deswegen, und vorzuziehen der Bezeichnung „regelmäßige" Verpfändung, weil sie auf der einen Seite allgemein üblich sein soll und auch in der Praxis geworden ist, und weil sie auf der anderen Seite keine Falschauslegung [9]) zuläßt, zumal man auch von einer unregelmäßigen Verpfändung dann spricht, wenn verabredet wird, daß der Pfandgläubiger nach Beendigung des Pfandgeschäfts statt der verpfändeten Sache eine andere Sache derselben Art zurückerstatten darf. [10]) Das Wesen der üblichen Verpfändung besteht darin, daß die drittverpfändeten Kundenwerte nicht für alle Forderungen des Zentralbankiers (Drittpfandnehmers) an den Lokalbankier (Zwischenverpfänder) ohne Rücksicht auf die Art ihrer Entstehung haften, sondern nur für den sogenannten Rückkredit (§ 12 Abs. 2, Satz 2). Es werden bei der üblichen Verpfändung alle Hinterleger, welche die Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erteilt haben, zusammengefaßt und die ihnen eingeräumten Kredite zusammengerechnet. Für diese Gesamtsumme nimmt dann der Lokalbankier unter Weiterverpfändung (Drittverpfändung) der ihm von diesen Kunden anvertrauten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile an den Zentralbankier bei diesem den sogenannten Rückkredit auf.

Der Begriff des Rückkredits ist gleichfalls neu.

Als Rückkredit, im weitesten Sine aufgefaßt, ist jede Kreditaufnahme des Lokalbankiers bei dem Zentralbankier zu bezeichnen, die dazu dienen soll, die vom Lokalbankier seinen Kunden eingeräumten Kredite zu refinanzieren. Diesen weitgehenden Sinn hat aber der depotrechtliche Begriff des Rückkredits, der in § 12 Abs. 2, Satz 1 und 2 enthalten ist, nicht. Vielmehr muß es sich bei diesem Rückkredit um eine Wertpapierbeleihung handeln, und zwar sowohl für den Fall, in dem der Lokalbankier bei dem Zentralbankier zu Refinanzierungszwecken einen Kredit aufnimmt, als auch für den Fall, in dem in finanztechnischem Zusammenhange mit diesem Kredit vom Lokalbankier den Depotkunden Kredite eingeräumt werden. Man kann also den Begriff des Rückkredits dahin definieren: Es ist der Refinanzierungskredit, den der Lokalbankier bei dem Zentralbankier unter Verpfändung fremder Wertpapiere oder Sammeldepotanteile aufnimmt. Dieser Rückkredit entspricht bei der üblichen Verpfändung also der Summe, die der Lokalbankier zusammengerechnet seinen Depotkunden auf die ihm anvertrauten und auf Grund der Ermächtigung zur üblichen Verpfändung

[9]) etwa in gedanklicher Anlehnung an die regelm. Verwahrung.
[10]) Vgl. auch BA XXXVII/42.

an den Zentralbankier weiterverpfändeten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile eingeräumt hat.[11])

Für die übliche Verpfändung bestimmt § 12 Abs. 2, Satz 1, daß der Lokalbankier „auf die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile Rückkredit nur bis zur Gesamtsumme der Kredite nehmen darf, die er für die Hinterleger eingeräumt hat." Damit kommt zu den für sämtliche Verpfändungsarten aufgestellten Grundsätzen des Ermächtigungszwanges, der Formstrenge, der Kreditverstrickung, der Gläubigereignung und des Weiterermächtigungsrechts für die übliche Verpfändung als neuer Grundsatz der der sogenannten

Kreditgleichheit

hinzu.[12])

Um die in der Gefahrengemeinschaft der üblichen Verpfändung zusammengeschlossenen Depotkunden nicht ungleichmäßig zu belasten und zu gefährden, fordert das Gesetz für die übliche Verpfändung weiterhin, „daß der Wert der weiterverpfändeten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits mindestens erreichen soll" (§ 12 Abs. 2, Satz 3). Es ist also der Lokalbankier nicht befugt, Krediteinräumungen, die nicht durch Wertpapiere gedeckt sind, in den Rückkredit hineinzurechnen.

Diese Forderung des Gesetzes für die übliche Verpfändung kann man den

Grundsatz der Rückkreditgrenze

nennen.[13])

Als letzte einschränkende Forderung bei der üblichen Verpfändung verlangt das Depotgesetz, daß der Lokalbankier nicht mehr als nötig von den ihm von den einzelnen Depotkunden anvertrauten Werten weiterverpfändet. Dieser sogenannte[14])

Grundsatz der Verpfändungsgrenze

soll gleichzeitig eine Gefahrenbegrenzung für den betroffenen Depotkunden gewährleisten. Eine Befreiung von diesem Grundsatz ist, im Gegensatz zu den übrigen Grundsätzen, gestattet (§ 12 Abs. 4, Satz 2), wobei im Falle eines Konkurses des Lokalbankiers die übrigen in der Gefahrengemeinschaft zusammengeschlossenen Depotkunden den Vorteil haben. In dieser Gefahrengemeinschaft haftet jedes Wertpapier und jeder Sammeldepotanteil für den ganzen Rückkredit, so daß „dem Zentralbankier, der zu seiner Befriedigung zur Pfandverwertung schreiten will, das freie Auswahlrecht darüber zusteht, welches einzelne Papier, oder welche einzelnen Papiere er versteigern will.[15]) Ein Verlust ist bei der üblichen Ver-

[11]) Vgl. auch Opitz in JW 1937/515 und Quassowski-Schröder, Kommentar zum Depotgesetz, zu § 12.
[12]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 12.
[13]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz Bem. 5 zu § 12.
[14]) Vgl. Opitz wie zu 13.
[15]) Vgl. die Begründung zu § 33.

pfändung nicht zu befürchten, solange der Lokalbankier zahlungsfähig ist, da er für die ihm anvertrauten Werte den Hinterlegern haftet(§§ 695, 1223 BGB). Für den Fall des Konkurses des Verwahrers aber braucht auch kein bedeutender Verlust zu entstehen, da zum Zwecke der Befriedigung dieser Hinterleger ein besonderes Ausgleichsverfahren in § 33 geschaffen worden ist, auf das bei der Erörterung der konkursrechtlichen Vorschriften des neuen Depotgesetzes näher eingegangen werden soll.

An zweiter Stelle behandelt das Depotgesetz

die beschränkte Verpfändung.

Gegenüber der üblichen Verpfändung legt sie dem Lokalbankier eine größere Beschränkung auf. Sie geht dahin, daß der Lokalbankier ermächtigt sein soll, die Werte der ihn beschränkt ermächtigenden Depotkunden nur gesondert weiterzuverpfänden, — also nicht insgesamt wie bei der üblichen Verpfändung, — und zwar auch nur für diese bestimmte Verbindlichkeit, nämlich den für diesen Depotkunden aufgenommenen „Sonderrückkredit", wie man ihn nennen kann. [16]) Da bei der Ermächtigung zur beschränkten Verpfändung keinerlei Risiko für den Depotkunden besteht, ist diese Ermächtigung auch formfrei; sie kann also auch einmal für alle Fälle, in den Geschäftsbedingungen, mündlich, ja sogar stillschweigend durch konkludente Handlungen erteilt werden. Dagegen bleiben die schon für die übliche Verpfändung vom Gesetz aufgestellten Grundsätze des Ermächtigungszwanges, der Gläubigereignung, der Kreditverstrickung, der Kreditgleichheit, der Rückkreditgrenze, der Verpfändungsgrenze und des Weiterermächtigungsrechts auch hier bestehen. Von der Einhaltung der Verpfändungsgrenze und der Rückkreditgrenze könnte der Lokalbankier durch den Depotkunden m. E. befreit werden, [17]) da diese Forderungen insofern keinen Sinn bei der beschränkten Verpfändung haben, als für den Depotkunden nicht die Gefahr besteht wie bei der üblichen Verpfändung, mit seiner Deckungsmarge [18]) für die Kursverluste an den Wertpapieren anderer Hinterleger herangezogen zu werden. Warum trotzdem der Gesetzgeber diese Grundsätze gelten lassen will, daß der Wert der verpfändeten Wertpapiere die Höhe des dem Kunden eingeräumten Kredits mindestens erreichen, aber nicht unangemessen übersteigen soll, ist also nicht ganz ersichtlich, zumal wenn man weiterhin noch bedenkt, daß auch nur zum Teil gedeckte Kredite im Rahmen der für jeden einzelnen Kunden des Lokalbankiers bei dem Zentralbankier zu unterhaltenden Depots keine nachteiligen Wirkungen auslösen könnten, da ja keine Gefahrengemeinschaft besteht. Im übrigen steht es doch auch im freien Belieben des Lokalbankiers, schon von sich aus dem Depotkunden

[16]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 6 zu § 12 und „Der Wirtschaftstreuhänder" 1937, Nr. 13/14, S. 248.

[17]) Vgl auch Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 6 zu § 12 und Simon in BA XXXVI/287.

[18]) Deckungsmarge ist der Betrag, um den wertmäßig die verpfändeten Kundenwerte die Höhe des in Anspruch genommenen Kredits übersteigen.

einen nur teilweise gedeckten Kredit einzuräumen. Wenn Quassowski — Schröder [19]) dieser Ansicht nicht beitreten zu können glaubt, vielmehr die Forderungen des Gesetzes insofern trotzdem als bedeutungsvoll ansieht, „als sie den Verwahrer hindern, das ganze Depot des Hinterlegers, auch wenn der Wert des Depots den eingeräumten Kredit und damit auch den aufgenommenen Rückkredit weit übersteigt, durch Belastung mit dem Pfandrecht des Dritten festzulegen und damit dem Hinterleger die sonstige Verfügung über das Depot zu erschweren," so erscheint mir dieser Gesichtspunkt nur bei schwerster Verdächtigung der Anständigkeit und Ehrlichkeit aller Bankinstitute stichhaltig, wovon auszugehen aber zweifelsohne nicht richtig ist. Aus der Feststellung, daß, wie eingangs schon einmal erwähnt, die strengere Vorschrift die weniger strenge umfaßt, ergibt sich für die Ermächtigungen zur Drittverpfändung die Folgerung, daß die Ermächtigung zur üblichen Verpfändung, als die strengere, die zur beschränkten Verpfändung in sich einschließt.

Die dritte Verpfändungsart,

die unbeschränkte Verpfändung,

bildet in der Praxis die Ausnahme; denn mit der Ermächtigung hierzu dürfen die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile des Kunden von dem Lokalbankier für alle seine Verbindlichkeiten und ohne Rüsicht auf die Höhe des dem Kunden eingeräumten Kredits dem Zentralbankier verpfändet werden. Es haften dann die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile entsprechend unterschiedlos für alle Verbindlichkeiten des Lokalbankiers an den Zentralbankier. Diese weitestgehende Verpfändungsart bildete zur Zeit des Depotgesetzes von 1896 die Regel. [20])

Das neue Depotgesetz verlangt in Abs. 4, Satz 1, daß in der Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung zum Ausdruck kommt, daß ein Pfandrecht für alle Verbindlichkeiten des Lokal-Bankiers auch ohne Rücksicht auf die Höhe des dem Kunden eingeräumten Kredits dem Zentralbankier bestellt werden kann.

Von den genannten Grundsätzen bleiben bei der unbeschränkten Verpfändung die Grundsätze des Ermächtigungszwanges, der Formstrenge, der Kreditverstrickung, der Gläubigereignung und des Weiterermächtigungsrechts bestehen. Eine Befreiung von der Einhaltung der Rückkreditgrenze und der Verpfändungsgrenze wie bei der beschränkten Verpfändung, und darüber hinaus auch von der Kreditgleichheit, ist sinngemäß denkbar. [21]) Die Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung umfaßt wiederum die Ermächtigung zur beschränkten und zur üblichen Verpfändung, wie hinwiederum, zurückgreifend auf das früher Gesagte, die Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum alle Ermächtigungsarten zur Drittverpfändung in sich einschließt.

[19]) Vgl. Kommentar zum Depotgesetz, Bem. 7 III 3 zu § 12.

[20]) Vgl. auch RGZ 118/39.

[21]) Vgl. auch Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 7 zu § 12 und Simon in BA XXXVI/287.

Während in § 12 Bestimmungen über die Ermächtigung zur Drittverpfändung getroffen sind und Formvorschriften gegeben werden, erfolgt die Drittpfandbestellung formlos nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 1204 ff.

Die Depotkonten.

Es ist selbstverständlich, daß auch die verpfändeten Wertpapiere und Sammeldepotanteile, die auf seiten des Lokalbankiers ausgebucht worden sind, bei dem Zentralbankier wieder verbucht werden müssen. So ist nach § 14 Abs. 4 der Lokalbankier verpflichtet, die Tatsache und die Art der Verpfändung im Verwahrungsbuch zu verbuchen, ebenso, wie der Zentralbankier im Interesse einer geordneten und übersichtlichen Wirtschaftsführung die Verpfändung in seiner Buchführung zu vermerken hat. Bis zum Inkrafttreten des neuen Depotgesetzes genügte den Banken für ihre Depotbuchführung die Zweiteilung in Depotkonto A und Depotkonto B.[1]) Das Depotkonto A enthielt die Aufzeichnungen für die unbeschränkte Verpfändung, das entsprechende Depot A diente der Aufnahme der unbeschränkt verpfändeten Werte. Das Depotkonto B enthielt die Aufzeichnungen für die pfandfreien Werte, das entsprechende Depot B die pfandfreien Werte selbst. Durch die vom neuen Depotgesetz geschaffene Dreiteilung der Verpfändungsarten erwiesen sich die bestehenden Depots und Konten A und B als nicht ausreichend,[2]) denn die beschränkt oder üblich verpfändeten Werte durften, um Ordnung zu erhalten, weder im pfandfreien Depot, noch im Depot für unbeschränkt verpfändete Werte untergebracht, noch auf den entsprechenden Konten verbucht werden. Desgleichen zwang der Umstand, daß bei der üblichen Verpfändung die Wertpapiere dem Zentralbankier nur für den Rückkredit verpfändet werden durften, und daß bei der beschränkten Verpfändung die Wertpapiere nur für einen begrenzten Rückkredit verpfändet werden durften, dazu, daß bei dem Zentralbankier die Bildung besonderer Depots erfolgte, die dem Zentralbankier eben nur für den Rückkredit haften, und daß besondere Konten gebildet werden mußten, die die Gewährung des entsprechenden Rückkredits buchmäßig jeweils wiedergeben. Es entstanden also weiterhin die Depots und die Konten C und D. In dem berechtigten Streben, den blutleeren und für den Laien wenig oder gar nicht verständlichen Bezeichnungen A und B, C und D erkennbaren Inhalt zu geben, hat Opitz, — m. E. auch hier wieder mit Erfolg, — treffende Bezeichnungen gewählt.[3])

Es bestehen danach:

---

[1]) Diese Bezeichnungen sind auf die Beschlüsse der Vereinigung der Berliner Banken und Bankiers vom 21. VII. 1896 zurückzuführen. (Vgl. RGZ 71/339, RGSt. 37, 226.

[2]) desgleichen nicht in Anbetracht der Vorschriften der §§ 4, 9, 12, 14 Abs. 5, 30 und 33.

[3]) Vgl. JW 1937/516 und BA XXXVII/150 ff.

1. Das Eigendepot (Depot A) des Lokalbankiers beim Zentralbankier. Es ist der Bestand der eigenen (§ 4 Abs. 2) und der zwar als fremde, aber unbeschränkt verpfändeten Wertpapiere und Sammeldepotanteile des Lokalbankiers. Die Pfandhaftung ist allgemein, also auch für jeden Rückkredit (§ 12 Abs. 4, § 4 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz).[4])

   Die Verbuchung erfolgt beim Drittpfandnehmer auf Eigendepotkonto (Depotkonto A).

2. Das Anderdepot (Depot B) des Verwahrers beim Drittverwahrer. Es ist der Bestand derjenigen Wertpapiere und Sammeldepotanteile, für die eine Verpfändungsermächtigung nicht vorliegt (Pfandfreies Depot). Eine Haftung bestimmter Wertpapiere für Forderungen des Drittverwahrers besteht nur insoweit, als die Forderungen „mit Bezug auf diese Wertpapiere oder Sammeldepotanteile" (Depotgebühren u. ä.) entstanden sind (§ 4 Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz).

   Die Verbuchung erfolgt auf Anderdepotkonto (Depotkonto B).[5])

3. Das Pfanddepot (Depot C) des Zwischenverpfänders beim Drittpfandnehmer enthält diejenigen Wertpapiere und Sammeldepotanteile, die dem Drittpfandnehmer vom Zwischenverpfänder auf Grund der Ermächtigung zur üblichen Verpfändung übergeben worden sind und zwar für den Rückkredit.

   Die Haftung besteht daher auch ausschließlich für den Rückkredit, den der Zwischenverpfänder beim Drittpfandnehmer für alle an diesem Depot Beteiligten aufgenommen hat. Darüber hinaus aber haftet für den Rückkredit der Zwischenverpfänder mit seinem ganzen Vermögen und den fremden Werten des Eigendepots (§ 12 Abs. 2, § 4 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz).

   Die Verbuchung erfolgt auf dem Pfanddepotkonto (Depotkonto C). Auf dem dazugehörigen Pfandkonto wird der wegen aller Krediteinräumungen unter Verpfändung der Werte aufgenommene Rückkredit belastet.

4. Die Sonderpfanddepots (Depot D) des Zwischenverpfänders beim Drittpfandnehmer enthalten die Wertpapiere und Sammeldepotanteile jedes einzelnen Depotkunden gesondert, da sie auf Grund der entsprechenden Ermächtigung nur beschränkt verpfändet worden sind, d. h. nur für den jedem einzelnen Depotkunden gesondert eingeräumten Rückkredit. Jedes Sonderpfanddepot haftet daher auch nur für den dazugehörigen Schuldsaldo. Auch hier haftet, wie bei dem Pfanddepot, darüber hinaus der Zwischenverpfänder für den Sonderrückkredit auch mit seinem eigenen Vermögen und den fremden Werten des Eigendepots (§ 12 Abs. 3, § 4 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz).

---

[4]) Vgl. auch RGZ 71/338.

[5]) Die Begriffe Eigen- und Anderdepot sind der Anderkontenlehre entnommen. Vgl. Opitz BA XXXI/35, BA XXXIII/84, Siebert in BA XXXI/386, Teewag „Das Anderkonto" Diss. Berlin 1935 und Heinz Opitz „Die Rechtsgrundlagen des Anderkontos" Diss. Berlin 1936.

Die Verbuchung erfolgt auf Sonderpfanddepotkonto (Depotkonto D), des Zwischenverpfänders. Auf den dazugehörigen Sonderpfandkonten werden die einzeln aufgenommenen Rückkredite belastet. [6])

---

[6]) Dazu hat die Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Centralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes, in dem Rundschreiben Nr. 179 die nachstehenden

Geschäftsbedingungen

für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden

herausgegeben:

1. Die Bank führt für die Werte (Wertpapiere und Sammeldepotanteile) ihrer inländischen Bankierkunden folgende Depots:
   Depot A (Eigendepot): In Depot A gehören die eigenen Werte des Bankierkunden und solche fremden Werte, die der Bank unbeschränkt verpfändet sein sollen. Diese Werte haften der Bank nach Maßgabe der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Pfand für alle Verbindlichkeiten des Bankierkunden. Zu den eigenen Werten des Bankierkunden gehören auch solche, bei denen das Eigentum auf ihn auf Grund einer Vereinbarung nach § 15 des Depotgesetzes übergegangen ist, oder an denen er das Eigentum auf Grund einer Ermächtigung nach § 13 erworben hat. Die unbeschränkte Verpfändung fremder Werte ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 und 4 oder des § 13 vorliegen.
   Depot B (Anderdepot): In Depot B gehören diejenigen Werte, — eigene oder fremde, — die der Bank ausschließlich für die Forderungen aus der Anschaffung, Verwahrung und Verwaltung der einzelnen Werte haften sollen.
   Depot C (Pfanddepot): In Depot C gehören Werte, die der Bank nach § 12 Abs. 2 verpfändet sein sollen. Diese Werte haften nur für Forderungen auf dem entsprechenden Geldkonto.
   Depot D (Sonderpfanddepot): In ein Depot D gehören Werte, die der Bank nur nach § 12 Abs. 3 verpfändet sein sollen (beschränkte Verpfändung). Diese Werte haften nur für Forderungen auf den entsprechenden Geldkonten. Die Bank wird die einzelnen Kundendepots dieser Art nach Abrede mit dem Bankierkunden mit Nummern bezeichnen.
2. Der Bankierkunde hat bei jeder Einlieferung von Wertpapieren für jede Wertpapierart gesondert eine Nummernaufstellung in doppelter Ausfertigung beizufügen und Anweisung zu erteilen, ob die Wertpapiere für Depot A, Depot B, Depot C oder Depot D Nr. ... bestimmt sind. Die Bank darf in allen Fällen eine solche Buchstabenbezeichnung als genügend ansehen und sich darauf verlassen, daß der Bankierkunde die Bezeichnung unter Beachtung der Vorschriften des Depotgesetzes nur in dem vorstehend erläuterten Sinne verwendet. Entsprechendes gilt für Aufträge zu Umlegungen aus einem Depot in ein anderes, sowie für sonstige Verfügungen (z. B. Auslieferungsaufträge).
   Gibt der Bankierkunde nicht an, für welches Depot die Werte bestimmt sind, so wird die Bank sie dem Depot B beifügen.
3. Ist der Bank vom Bankierkunden eine Ermächtigung zur Girosammelverwahrung erteilt, so ist sie berechtigt, aber nicht verpflichtet, von ihr Gebrauch zu machen. Trotz einer allgemein erteilten Ermächtigung steht es dem Bankierkunden frei, im Einzelfall ausdrücklich Sonderverwahrung (Streifbanddepot) zu verlangen. Der Bankierkunde muß Sonderverwahrung verlangen, wenn ihm sein Kunde keine Ermächtigung zur Girosammelverwahrung erteilt hat.
4. Erträgnisse, Erlöse, Spesen und dergleichen behandelt die Bank mangels anderer Weisung wie folgt:

Daß in den genannten Depots und auf den dazugehörigen Konten nicht nur die drittverpfändeten Werte der Depotkunden untergebracht werden und verbucht werden, sondern auch eigene Werte des Bankiers und solche, die er z. B. nur zur Verwahrung erhalten hat, braucht nach dem bereits Gesagten nicht noch ausdrücklich hervorgehoben zu werden.

Die Fremdvermutung im Verwahrungsgeschäft.

Im Depotgesetz von 1896 bestand nun für einen Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten zur Aufbewahrung, zum Umtausch, zur Veräußerung oder zum Bezuge von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteil-

---

a) Erträgnisse (Zinsen, Gewinnanteile), Verkaufs- und sonstige Kapitalerlöse, Depotgebühren und Spesen für Werte in Depot A und B werden in laufender Rechnung gutgeschrieben bzw. belastet.

b) Erträgnisse, Depotgebühren und Spesen für Werte in Depot C oder D werden ebenfalls in laufender Rechnung gutgeschrieben bzw. belastet.

c) Verkaufs- und sonstige Kapitalerlöse für Werte in Depot C und D werden auf dem entsprechenden Konto C bzw. D gutgeschrieben.

d) Sollzinsen, Provisionen und Kontospesen der Geldkonten C und D werden auf diesen Konten, nicht in laufender Rechnung belastet.

5. Die Bank behält sich vor, für Geldgeschäfte gegen Wertpapiere am gleichen Börsenplatz (Lombardgelder) zwei besondere Lombarddepots nebst entsprechenden Geldkonten für ihre Bankierkunden zu führen (Lombarddepot A, Lombarddepot C). Die Voraussetzungen der Einlieferungen von Werten in diese Depots unter entsprechender Verpfändung für Lombardkredite, die der Bankierkunde bei der Bank aufnimmt, sind die gleichen, die für die Einlieferung von Werten in Depot A und Depot C gelten. Im übrigen gelten die jeweiligen Börsenbedingungen.

6. Bei allen, auch telefonischen, Aufträgen und Angeboten hat der Bankierkunde unmittelbar bei der Auftragserteilung ausdrücklich anzugeben, welchem Depot die Werte beizufügen oder zu entnehmen sind, sowie ob es sich um Sammeldepotanteile handelt; im einzelnen gilt das vorher für die Wertpapierverwahrung Gesagte. Fehlt bei einem Auftrag eine solche Angabe, so wird die Bank angeschaffte Werte dem Depot B beifügen; sie behält sich vor, Verkaufsaufträge im Zweifel aus Depot A auszuführen. Bei Verfügungen über Wertpapiere, die sich in Sonderverwahrung (Streifbanddepot) befinden, hat der Bankierkunde die zu verwendenden Nummern aufzugeben.
Den Anschaffungspreis der für Depot A und B angeschafften Werte belastet die Bank mangels anderer Vereinbarung in laufender Rechnung, den Anschaffungspreis der für Depot C und D angeschafften Werte dem entsprechenden Geldkonto.
Die Bank behält sich vor, die Kaufpreisforderungen wegen der für Depot B angeschafften Werte auf einem besonderen Ankaufskonto zu belasten; sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, dem laufenden Konto entsprechende Beträge zum Ausgleich des Ankaufskontos zu entnehmen.

7. Bei allen in Sonderverwahrung (Streifbanddepot) genommenen Wertpapieren übersendet die Bank ein Stückeverzeichnis; bei im Ausland angeschafften und dort verwahrten Wertpapieren tut sie dies nur auf Verlangen.

8. Bei allen Verkäufen darf die Bank davon ausgehen, daß ihr Aufträge oder Angebote hierzu nur erteilt werden, wenn dem Bankierkunden die entsprechende Verfügungsbefugnis zusteht.

scheinen ausantwortete, die in § 8 des Depotgesetzes von 1896 enthaltene gesetzliche Pflicht, dem Dritten mitzuteilen, daß die Werte fremde seien. Desgleichen hatte er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergab, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehen solle. Damit sollte ein Schutz für den Depotkunden insofern geschaffen werden, als mit dieser Fremdanzeige die Kundenwerte nicht in Pfandverstrickung für Forderungen des Dritten gegen den Verwahrer geraten sollten, die den Depotkunden gar nicht betrafen, vielmehr nur für die Forderungen haften sollten, die „mit Bezug auf die Wertpapiere" entstanden waren, wie z. B. Kosten, Gebühren usw.[1])

Das neue Depotgesetz hat diese Vorschrift des § 8, die dem Kundenschutz zu dienen bestimmt war, in § 4 neu geregelt, verbessert und erweitert und damit den Kundenschutz in weitestem Maße noch verstärkt.

Die Bestimmung des § 4 hat folgenden Wortlaut:

„Vertraut der Verwahrer die Wertpapiere einem Dritten an, so gilt als dem Dritten bekannt, daß die Wertpapiere nicht dem Verwahrer gehören. Der Dritte kann an den Wertpapieren ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltend machen, die mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind, oder für die diese Wertpapiere nach dem einzelnen über sie zwischen dem Verwahrer und dem Dritten vorgenommenen Geschäft haften sollen.

Abs. 1 gilt nicht, wenn der Verwahrer dem Dritten für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich mitteilt, daß er Eigentümer der Wertpapiere sei.

Vertraut ein Verwahrer, der nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, einem Dritten Wertpapiere an, so gilt Abs. 1 nicht. Ist er nicht Eigentümer der Wertpapiere, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen; in diesem Falle gilt Abs. 1, Satz 2."

Daraus ergibt sich folgendes Grundsätzliche:

Im Verkehr der Banken untereinander gilt nach Abs. 1, Satz 1 die Rechtsvermutung, daß die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile, die anvertraut werden (vgl. Abs. 3, Satz 1), fremde sind, d. h. dem anvertrauenden Bankier nicht gehören. Diese Vermutung des § 4 Abs. 1, Satz 1 wird Fremdvermutung genannt.[2]) Diese kann allein durch die für jedes einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich zu erteilende Anzeige, daß er, der Anvertrauende, Eigentümer der Werte sei, die sogenannte Eigenanzeige (§ 4 Abs. 2) widerlegt werden.[3])

Im außerbanklichen Verkehr, d. h. also, wenn der Anvertrauende nicht Bankier ist,[4]) gilt nicht die Fremdvermutung, sondern hier besteht noch die Fremdanzeigepflicht, wie sie aus § 8 des Depotgesetzes von 1896 bekannt ist (§ 4 Abs. 3). Die völlig neu geschaf-

[1]) Vgl. § 8 Abs. 2 Dep.Ges. von 1896 und die Begründung dazu.
[2]) Vgl. die Kommentare von Opitz und Quassowski-Schröder zu § 4.
[3]) Vgl. dieselben zu § 4.
[4]) der sogenannte Dritte braucht es in keinem der genannten Fälle zu sein.

fene Bestimmung der Fremdvermutung darf wohl als das Kernstück des neuen Depotgesetzes betrachtet werden und soll daher einer besonders umfassenden Betrachtung unterzogen werden.

Die Fremdvermutung des § 4 hat die Wirkung, daß jeder — ganz gleichgültig, ob er Bankiereigenschaft besitzt oder überhaupt Kaufmann oder Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes ist.[5]) — dem von einem Kreditinstitut Wertpapiere zu irgend einem Zwecke anvertraut werden, bei dem Erwerb eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes davon ausgehen muß, daß ihm f r e m d e Werte anvertraut worden sind, also Werte, die dem anvertrauenden Kreditinstitut nicht gehören. Der Zweck des § 4 ist der, zu verhindern, daß die von einem Kreditinstitut einem Dritten anvertrauten Werte in eine Pfandverstrickung für Forderungen geraten, die dem Dritten gegen das anvertrauende Kreditinstitut zustehen, den Depotkunden aber nichts angehen: denn hat z. B. ein Depotkunde einem Lokalbankier Werte zu irgend einem Zwecke, z. B. zur Verwahrung oder zur Verpfändung, anvertraut, so haften ihm diese Werte nach der banküblichen Pfandabrede und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für seine Forderungen. Gibt der Lokalbankier zu irgend einem Zwecke die Werte irgend einem Dritten weiter, z. B. auf Grund einer Ermächtigung zur üblichen Verpfändung nach § 12 an einen Zentralbankier, so geraten die Werte in eine weitere Pfandverstrickung für die Forderungen des Zentralbankiers an den Lokalbankier. Nach § 4 können nun Drittpfandrechte nur in dem beschränkten Rahmen erworben werden, wie ihn § 4 Abs. 1, Satz 2 vorschreibt.

§ 4 verfolgt allein den Zweck, den Erwerb von Drittpfandrechten scharf zu umgrenzen und zu beschränken auf die Forderungen, die
1. mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind, oder für die
2. diese Wertpapiere nach dem einzelnen über sie zwischen dem Verwahrer und dem Dritten vorgenommenen Geschäft haften sollen[6])

und spricht daher auch keineswegs gegen die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. „die also mit den daraus fließenden dinglichen und persönlichen Ansprüchen und dem Vorteil der Beweisabwehr[7]) auch dem bankgewerblichen Verwahrer (Lokalbankier) erhalten bleibt."[8])

Es ist daher auch nicht richtig, wenn von Fischer[9]) gesagt wird: „für den Verkehr von Verwahrer zu Verwahrer hebt das Gesetz die sonst für den Besitzer geltende Vermutung des Eigentums auf und ersetzt sie durch eine gesetzliche Fremdvermutung," ganz abgesehen davon, daß er, wie bereits bemerkt, zu allgemein von „Verwahrer zu Verwahrer" spricht. Die von Fischer geäußerte Ansicht ist wohl

---

[5]) Vgl. die Kommentare von Quassowski-Schröder Bem. 3 zu § 4 und Opitz Bem. 2 zu § 4.

[6]) § 8 Dep.Ges. 1896 kannte nur das Pfandrecht der ersten Alternative des § 4 Abs. 1 Satz 2. Darunter fiel auch das jetzige Depot B.

[7]) Vgl. Mugdan Mat. zu BGB III S. 979/80.

[8]) Vgl. Opitz in BA XXXVII/67.

[9]) Vgl. „Akad. für Deutsch. Recht" 1937, Heft 20/21 S. 632.

hervorgerufen durch die sogenannte Fremdvermutung des § 4 Abs. 1, Satz 1, die an sich überflüssig ist. Es bedürfte doch gar nicht der vom Gesetz ausgesprochenen sogenannten Fremdvermutung, um nachher festzustellen, daß Drittpfandrechte beschränkt werden sollen. Aus dem Gesagten erhellt schon, daß die Fassung des § 4 eine nicht gerade überaus glückliche genannt werden kann, wenn man auch weiterhin bedenkt, daß z. B. in Abs. 1 ganz allgemein von Verwahrer gesprochen wird, man aber erst in Abs. 3 erfährt, daß nur der bankgewerbliche Verwahrer darunter verstanden werden darf.[10])

Die Fremdvermutung dient, wie schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, dem Zwecke, das Eigentum der Depotkunden an ihren Wertpapieren gegen nicht gewollte Pfand- und Zurückbehaltungsrechte Dritter zu schützen und zwar, wenn

a) beim Verwahrungsgeschäft, worunter auch die Pfandverwahrung fällt (§ 17), einem Verwahrer anvertraute Werte von diesem einem Dritten zur Verwahrung oder als Pfand (Drittpfandverwahrung) anvertraut werden und wenn

b) beim Anschaffungsgeschäft ein Kommissionär einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung von Wertpapieren einem Dritten weitergibt, als Eigenhändler Kundenwerte verkauft oder umtauscht oder einen Auftrag zum Umtausch oder Einkauf von Wertpapieren im Wege des Selbsteintritts ausführt.

Die gesetzliche Bestimmung der Fremdvermutung und ihrer Wirkungen ist in Anlehnung an § 7 Abs. 2 der „Geschäftsordnung für das Effektengirodepot der Bank des Berliner Kassenvereins" geschaffen worden, in dem es heißt: „Die Bank des Berliner Kassenvereins ist mangels anderer Weisung nicht berechtigt, über die sammelverwahrten Wertpapiere zu verfügen. Sie behandelt die hinterlegten Wertpapiere, als wenn ihr von dem Kontoinhaber eine Mitteilung gemäß § 8 Abs. 1 des Bankdepotgesetzes (von 1896) gemacht worden wäre." Man betrachtete also diese Werte grundsätzlich als fremde, auch ohne daß eine Fremdanzeige entsprechend § 8 des Depotgesetzes von 1896 erfolgte.

Die nunmehr gesetzliche Fremdvermutung des § 4 hat also die Stelle der Fremdanzeigepflicht des § 8 des Depotgesetzes von 1896 eingenommen.

---

[10]) Man könnte sich eine klarere Formulierung des § 4 etwa folgendermaßen denken:

Werden von einem Verwahrer, der Bank oder Sparkassengeschäfte betreibt, einem Dritten Wertpapiere anvertraut, so kann dieser an den Wertpapieren ein Pfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltend machen, die mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind oder für die diese Wertpapiere nach dem einzelnen über sie zwischen dem Verwahrer und dem Dritten vorgenommenen Geschäft haften sollen, es sei denn, daß der Verwahrer dem Dritten für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich mitteilt, daß er Eigentümer der Wertpapiere sei.

Betreibt der Verwahrer nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte, und sind die anvertrauten Wertpapiere fremde, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen. Es gelten dann für den Erwerb von Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten dieselben Beschränkungen wie für den bankgewerblichen Verwahrer.

Ich möchte, um die durch die Fremdvermutung geschaffene grundsätzliche Änderung im neuen Depotgesetz klarer herauszustellen, die Unterscheidung zwischen ihr und der Fremdanzeigepflicht des § 8 des Depotgesetzes von 1896 dahin formulieren, daß die Fremdvermutung des neuen Depotgesetzes die Eigenvermutung des alten Depotgesetzes abgelöst hat. Gab früher nämlich ein Lokalbankier ihm von einem Hinterleger anvertraute Werte zur Drittverwahrung an einen Zentralbankier weiter, so galt grundsätzlich für letzteren die Vermutung, daß es sich hierbei um eigene Werte des Lokalbankiers handle, wenn nicht dieser gleichzeitig mit der Übersendung der Werte anzeigte, daß es sich um fremde handle, für welchen Fall dann eben für ihn die Pflicht der Fremdanzeige bestand. Wurde also nach altem Recht die Eigenvermutung durch die gesetzlich vorgeschriebene Fremdanzeige widerlegt, so ist es im neuen Depotgesetz gerade umgekehrt; denn die grundsätzlich und automatisch wirkende Fremdvermutung des § 4 Abs. 1 wird nur durch die gesetzliche und unter Strafschutz des § 35 stehende Eigenanzeige des § 4 Abs. 2 widerlegt und entkräftet.

Die grundsätzliche Regelung der Fremdvermutung ist unmittelbar für die Sonderverwahrung des § 2 getroffen worden als der Grundform der Verwahrung, auf der sich alle anderen Verwahrungsarten aufbauen, von der sie abgeleitet werden, und von der nur bei dem einleitend erwähnten Vorliegen besonderer, schriftlicher und ausdrücklicher Erklärungen des Hinterlegers nach den entsprechenden Vorschriften des Depotgesetzes abgewichen werden darf.

In analoger Anwendung zu den Verwahrungsgeschäften hat das Depotgesetz die Geltung der Vorschriften über die Fremdvermutung auch auf die Sammelverwahrung (§ 9), auf das Verpfändungsgeschäft (§ 17), und auf das Kommissionsgeschäft (§ 30 Abs. 2), einbegriffen die Geschäftsgebiete des Selbsteintritts und des Eigenhandels (§ 31), ausgedehnt. Daß die Grundsätze der Fremdvermutung, so wie sie in § 4 für die Sonderverwahrung und im Zusammenhange mit § 12 für die Pfandverwahrung (§ 17) aufgestellt sind, auch auf den Geltungsbereich der Sammelverwahrung (§§ 5—8) ausgedehnt worden sind, bedeutet nicht mehr und nicht weniger als eine logische Folgerung, deren ausdrückliche Hervorhebung in § 9 zwar als gesetzliche Klarstellung anzuerkennen ist, aber m. E. nicht unbedingt erforderlich gewesen wäre. Wenn in § 9 bestimmt ist: „§ 4 gilt sinngemäß auch für die Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten an Sammelbestandanteilen", so bedeutet es nicht etwa eine Beschränkung der sinngemäßen Anwendung auf § 4 Abs. 1, Satz 2, sondern vielmehr sollen sämtliche Grundsätze des § 4 auf die Sammelverwahrung angewendet werden. Es ist an sich eine Selbstverständlichkeit, daß die Verwahrung von Wertpapieren in Sonder- oder Sammelverwahrung keinen unterschiedlichen Einfluß auf die Geltung der Fremdvermutung haben kann; denn wie auch von Opitz-Schultz [11]) ausgeführt wird, ist kein Grund ersicht-

[11]) JW 1926/670.

lich, aus dem die verschiedene Art der Verwahrung sich verschieden auf gesetzliche Vorschriften auswirken sollte, wie z. B. die der Drittverwahrung, zumal es sich bei der verschiedenen Buchung auf den verschiedenen Depotkonten nur „um eine Buchungsangelegenheit" handelt, die auf Sonder- wie auf Sammelverwahrung in gleicher Weise Anwendung findet. Da also durch § 9 bestimmt wird, daß die Vorschriften des § 4 und damit die Fremdvermutung auch auf die sammelverwahrten Wertpapiere Anwendung zu finden haben, werden, wenn auch nur von Wertpapieren die Rede ist, gleichzeitig immer auch Sammeldepotanteile darunter zu verstehen sein. So wird auch die Praxis verfahren müssen, wenn Sammeldepotanteile verpfändet werden sollen und dabei nur von Wertpapieren die Rede ist (§ 133 BGB). Für den Fall, daß ein Sammelbestand von dem Sammelverwahrer nicht bei diesem aufbewahrt wird, sondern dieser ihn als Gesamtheit einem Dritten zur Aufbewahrung gibt, so liegt bei dem Dritten keine Sammelverwahrung vor, sondern Sonderverwahrung, so daß nicht § 9 und damit erst § 4, sondern unmittelbar § 4 zum Zuge kommt.[12])

Im Interesse der klareren und kürzeren Formulierung bei der Erwähnung der Fremdvermutung will ich die Ausdrücke „für" und „gegenüber" gebrauchen und gleichzeitig, um nicht mißverstanden zu werden, erklären, daß „für' nicht etwa die Bedeutung „zum Schutze für" hat, sondern lediglich die einer Parteistellung „gegenüber" der anderen Partei.

Die Fremdvermutung gilt für den Dritten — zum Schutze der Kundenwerte — gegenüber dem Verwahrer.

Mit der Nennung des Dritten ist gleichzeitig gesagt, daß die Fremdvermutung nur Geltung hat in einer Kette von drei Gliedern, d. h. drei Vertragspartnern. Diese Kette wird bei der reinen Verwahrung gebildet vom Hinterleger, der seine Wertpapiere einem Verwahrer (Lokalbankier) und dieser wiederum dem Drittverwahrer (Zentralbankier) anvertraut.

Bei der Verpfändung sind diese drei Glieder: der Hinterleger, der Pfandnehmer und der Drittpfandnehmer; beim Anschaffungsgeschäft sind es der Kommittent, der Kommissionär und der Drittkommissionär. In allen drei Geschäftsarten wird, sobald der Dritte in die Kette eintritt, das zweite Glied zum Zwischenglied, also der Verwahrer zum Zwischenverwahrer, der Pfandnehmer zum Zwischenverpfänder und der Kommissionär zum Zwischenkommissionär, wobei gleichzeitig im Verhältnis dieser beiden letzten Glieder untereinander das Zwischenglied dann dem Dritten gegenüber die Stellung eines Hinterlegers, Verpfänders oder Kommittenten einnimmt. Die Fremdvermutung wirkt grundsätzlich und automatisch für jeden Dritten. Es könnte zweifelhaft sein, wieweit die Haupt- und Nebenstellen eines Verwahrers, und wieweit die Zweigstellen untereinander Dritte sein können, da sie doch dieselbe Rechtspersönlichkeit darstellen?

---

[12]) Vgl. auch Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 5 zu § 9.

Man wird diese Frage folgendermaßen beantworten können: In § 1 Abs. 1, Satz 2 ist gesagt, daß, wenn ein Verwahrer einem anderen Verwahrer unter seinem Namen Wertpapiere zur Verwahrung anvertraut, die Zweigstellen untereinander und im Verhältnis zur Hauptstelle als verschiedene Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes aufzufassen seien. Daran also könnte die Folgerung geknüpft werden, daß auch für den Verkehr der Zweigstellen untereinander und im Verhältnis zur Hauptstelle die Zweig- oder Hauptstelle desselben Instituts dieser Dritte sein könnte, für den die Fremdvermutung gilt. Das hieße aber den Sinn der Bestimmung des § 3 nicht verstehen und falsch auslegen; denn nur in Anbetracht dessen, daß Zweig- und Hauptstelle, oder die ersteren untereinander die gleiche Rechtspersönlichkeit darstellen — die Zulässigkeit der D r i t t verwahrung also zwischen ihnen fraglich sein könnte, da es sich ja eben nicht mehr um einen Dritten handeln würde, dem etwas anvertraut wird — hat sich der Gesetzgeber — und zwar nur aus diesem Grund und unter diesem Gesichtspunkte — zur ausdrücklichen Erklärung in der Bestimmung des § 3 veranlaßt gesehen, worauf ich schon bei der Behandlung der Verwahrung hingewiesen habe. Eine Einflußnahme auf die Wirkung der Fremdvermutung etwa dahin, daß es sich in diesem Falle um einen Dritten handle und die Fremdvermutung zu gelten habe, sollte zweifelsohne nicht erfolgen. Es wäre auch unlogisch, falsch und geradezu ohne Sinn, die Zweig- und Hauptniederlassung desselben Instituts als Dritten auffassen zu wollen und die Fremdvermutung auch hier gelten zu lassen; denn wie Opitz[13]) sehr richtig kurz und treffend argumentiert: „Man braucht nicht zu vermuten, was man weiß." Auch die amtliche Begründung zu § 3 spricht für diese Auslegung. Man kann mithin abschließend als Dritten ganz allgemein jedermann verstehen mit der logischen Einschränkung, daß er nicht dieselbe Rechtspersönlichkeit wie der Verwahrer sein darf.

Um den Wertpapierbeleihungsverkehr der Banken mit ihrer kaufmännischen Nichtbankierkundschaft von Störungen frei zu halten und nicht aus der Erleichterung des § 366 HGB in diesen Fällen durch die Fremdvermutung eine Erschwerung werden zu lassen,[14]) hat der Gesetzgeber bestimmt, daß die Fremdvermutung nur einem Verwahrer gegenüber gilt, der Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt. Der Verwahrerbegriff, so, wie wir ihn bisher kennengelernt haben, ist für den Geltungsbereich der Fremdvermutung eingeschränkt. Sie kommt nur einem bankgewerblichen Verwahrer gegenüber zum Zuge, also einem Verwahrer, der gewerbsmäßig Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt im Sinne des § 1 des Kreditwesengesetzes (KWG), als welche dort insbesondere bezeichnet werden:

a) die Annahme und Abgabe von Geldbeträgen ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden oder nicht;
b) die Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für andere;

---

[13]) Erl.Buch zum Depotgesetz, zu § 4.
[14]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 2 zu § 4.

c) die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft);
d) die Übernahme von Haftungen und Garantien für Dritte, soweit diese Geschäfte nicht von Versicherungsunternehmungen betrieben werden.

Verwahrer im Sinne der Fremdvermutung sind, wenn ich im Gegensatz zu dem uneingeschränkten Verwahrerbegriff im Sinne des Depotgesetzes so sagen darf, also die sogenannten Kreditinstitute. Nur zwischen diesen und dem Dritten gilt die Fremdvermutung. Mit dieser Feststellung ist auch der scheinbare Widerspruch zwischen Abs. 1 und Abs. 3 des § 4 gelöst, der in Folgendem erblickt werden könnte:

Als Verwahrer im Sinne des § 4 Abs. 1, gegenüber dem die Fremdvermutung zum Zuge kommt, ist der Kaufmann zu betrachten, der Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt. Dieser Begriff umfaßt aber nach der Aufzählung in § 1 KWG jede Verwahrung und Verwaltung, Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für andere. Wie aber ist dann der Wortlaut des § 5 Abs. 3 zu verstehen, der auch von einem Verwahrer spricht, der aber nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt und gegen den die Fremdvermutung nicht gilt? Man käme dann, wenn man die Begriffe der Verwahrer in § 4 Abs. 1 und Abs. 3 gleichsetzen würde, allerdings zu dem Ergebnis, daß § 4 Abs. 3 entweder ohne Sinn ist, oder die Begriffe „Verwahrer" verschieden sein müssen.

Das letztere ist richtig.

Mit dem Begriff des Verwahrers in § 4 Abs. 1 in der Bedeutung als Kreditinstitut, also im Sinne der Fremdvermutung, ist, wie ich schon sagte, die Klärung in der Mehrdeutigkeit dieses äußerlich leider unterschiedslosen Begriffs erfolgt, denn der Sinn der Fremdvermutung geht dahin, denjenigen, dem von einem Kreditinstitute Wertpapiere anvertraut werden, einer langwierigen Überlegung darüber zu entheben, ob diese Werte eigene des Anvertrauenden oder fremde sind. Im Sinne der Fremdvermutung kommt es dem Dritten bei Erhalt der Werte nur darauf an, zu wissen, ob er sie von einem Kaufmann erhält, der gewerbsmäßig Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, also Kreditinstitut ist, wobei es ihm völlig gleichgültig sein kann, ob sie diesem gehören oder nicht.

Der Verwahrerbegriff in § 4 Abs. 3 ist aber gebraucht im Sinne des Depotgesetzes und dahin aufzufassen, daß damit nur solche Verwahrer getroffen werden sollen, die die Verwahrung nicht gewerbsmäßig betreiben wie die Kreditinstitute, von denen also nicht jeder Dritte, der von ihm Werte anvertraut erhält, wissen kann und muß, daß es sich um keinen bankgewerblichen Verwahrer handelt, der zum Zwecke des Gewinns diese Tätigkeit gewerbsmäßig ausübt. Man kann hier z. B. an den Fall denken, daß Industriefirmen Werte ihrer Angestellten, die sie als Kaution erhalten haben, einem Bankinstitut zur Verwahrung übergeben. Die Fremdvermutung gilt also nur dann nicht, wenn der Verwahrer des § 4 Abs. 3 die Bank- und Sparkassengeschäfte nicht gewerbsmäßig wie die Kreditinstitute,

sondern nur für diesen einen oder anderen Fall nebenbei tätigt. Betreibt er dagegen gewerbs- oder geschäftsmäßig Bank- oder Sparkassengeschäfte, so gilt ihm gegenüber als Kreditinstitut die Fremdvermutung. Gleichgültig bleibt dabei, ob er die Bank- oder Sparkassengeschäfte neben seinem Hauptbetriebe als Nebenbetrieb tätigt, wie z. B. die Bankabteilung irgend eines Unternehmers. Er bleibt trotzdem gewerbsmäßiger Verwahrer, der Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, und gegen den die Fremdvermutung zum Zuge kommt. Weitere Beweise der nicht eindeutigen Definition des Verwahrerbegriffs ergeben sich auch in folgenden Fällen:

In den §§ 2, 12 Abs. 1, Satz 1 erster Halbsatz und in § 14 ist der Verwahrerbegriff offensichtlich zur Kennzeichnung desjenigen Kaufmanns gebraucht, der im Betriebe seines Handelsgewerbes ihm anvertraute Werte tatsächlich aufbewahrt, d. h. die Vertragspartei des Hinterlegers ist, während in den §§ 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1, Satz 1, letzter Halbsatz der Verwahrerbegriff zur Bezeichnung desjenigen Kaufmanns gebraucht wird, zu dessen Geschäftsbereich die gewerbsmäßige Aufbewahrung von Wertpapieren gehört. Es sind also in § 12 beide Bedeutungen des Begriffs „Verwahrer" enthalten.[15]) Die Richtigkeit der gemachten Unterscheidung geht weiterhin daraus hervor, daß in Abs. 1 die Rechtsvermutung aufgestellt ist, daß die Wertpapiere dem Verwahrer nicht gehören; denn einem Verwahrer im bürgerlich-rechtlichen Sinne würden sie ohnedies nicht gehören. Eine weitere Bestätigung findet man in Abs. 2, in dem die Eigenanzeige des Verwahrers aus Abs. 1 behandelt wird, der dem Dritten mitteilt, daß ihm die Werte gehören, er sie also nicht als Verwahrer im bürgerlich-rechtlichen Sinne besitzt.

Um jeden Zweifel auszuschalten, der sich bei der Frage ergeben könnte, ob auch öffentlich-rechtliche Banken oder öffentliche oder dem öffentlichen Verkehr dienende Sparkassen Verwahrer im Sinne der Fremdwertung sein können, hat § 41 die ausdrückliche Bestimmung in bejahendem Sinne getroffen.[16]) Aber ähnlich wie bei § 9 trägt diese Bestimmung nicht den Charakter einer gesetzlichen Besonderheit, sondern bedeutet nur eine ausdrückliche Klarstellung an sich schon feststehender Ansichten; denn nach § 1 HGB ist Kaufmann jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt. Unter Handelsgewerbe ist aber unter anderem jeder Gewerbebetrieb zu verstehen, der Bank- und Geldwechslergeschäfte zum Gegenstande hat (§ 1 Abs. 2, Nr. 4 HGB). Es unterfielen also auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 41 diese Institute dem Begriff „Verwahrer" im Sinne der Fremdvermutung. Lediglich ausgenommen sind durch § 452 Satz 2 HGB die Postverwaltungen, die nicht als Kaufleute gelten, wie ich bei der Erörterung der Kaufmannseigenschaft schon erwähnte.[17])

---

[15]) Vgl. auch die Kommentare von Quassowski-Schröder Anm. B zu § 1 und von Opitz zu den §§ 4 und 12.

[16]) Wegen des Kreises der betroffenen Institute vgl. von Hippel-Kord-Ruwisch-Schmidt, „Die öffentl. rechtl. Kreditanstalten" und die Anordnung des Reichswirtsch. Ministers vom 20. X. 1934 im Deutschen Reichsanzeiger Nr. 248.

Durch § 4 Abs. 1, Satz 2 wird der Dritte in der Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten beschränkt, wie z. B.

a) gesetzlicher Pfandrechte aus § 233 ff, 1257, 1258 BGB,
b) vertraglicher Pfandrechte, die für gewöhnlich in den Geschäftsbedingungen der Banken enthalten sind,
c) gesetzlicher kaufmännischer Zurückbehaltungsrechte nach §§ 369, 370 HGB,
d) irgendwelcher vertraglicher Zurückbehaltungsrechte gegenüber dem Verwahrer.

Durch die Einschränkung können Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte nur geltend gemacht werden wegen Forderungen, die

1. mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind (§ 4 Abs. 1, Satz 2, erster Halbsatz) und für die
2. diese Wertpapiere nach dem einzelnen über sie zwischen dem Dritten und dem Zwischenverwahrer bzw. Zwischenverpfänder vorgenommenen Geschäft haften sollen (§ 4 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz und § 12).

Zu 1. Forderungen des Dritten, die „mit Bezug auf diese Wertpapiere" entstanden sind, können z. B. auf Ersatz von Aufwendungen gerichtet sein, die in Zusammenhang mit dem Anvertrauen entstanden sind, z. B. für Zahlungen, die gegen Empfang der Wertpapiere aus irgend einem Grunde geleistet worden sind, ferner auf Ersatz für Depotgebühren und Versendungskosten, Bezugsrechtsausübungen, Zubußen usw. Auch wenn der Dritte mit dem Zwischenverwahrer in laufender Geschäftsverbindung steht und diese Forderungen in laufender Rechnung verbucht werden, brauchen dadurch diese Forderungen nicht durchaus unterzugehen.[18]) Man darf sich nicht dazu verleiten lassen, aus dem Wortlaut des § 356 HGB und dem des § 19 Abs. 4 D.G. eine Unstimmigkeit herauslesen zu wollen.

§ 356 HGB lautet:

> Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in sonstiger Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.
>
> Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung als Gesamtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Demgegenüber bestimmt § 19 Abs. 4 D.G.:

> Stehen die Parteien miteinander im Kontokorrentverkehr (§ 355 HGB), so gilt der Kommissionär wegen der ihm aus der Ausführung des Auftrags zustehenden Forderungen als befriedigt, sobald die Summe der Habenposten

---

[17]) Daß die öffentlichen Sparkassen auch schon früher als den Bestimmungen des Depotgesetzes unterliegend angesehen wurden, wenn sie Bankiergeschäfte in Gewinnabsicht betrieben, erhellen die Entscheidungen: RGZ 106/229 und 319; RFH in BA XXV/372 und RGZ in BA XXII/181. (Wegen des Kreises dieser Institute vgl. JM Verf. vom 27. VII. 00, M.Bli.V. S. 225.)

[18]) Vgl. § 356 HGB und RGZ 76/334.

die der Sollposten zum erstenmal erreicht oder übersteigt. Hierbei sind alle Posten zu berücksichtigen, die mit Wertstellung auf denselben Tag zu buchen waren. Führt der Kommissionär für den Kommittenten mehrere Konten, so ist das Konto, auf dem das Kommissionsgeschäft zu buchen war, allein maßgebend.

Dieser scheinbare Widerspruch klärt sich sofort auf, wenn man berücksichtigt, daß in § 19 Bestimmungen nur darüber getroffen werden sollen, wann der Kommissionär berechtigt sein soll, von der ihn nach dem Depotgesetz treffenden Pflicht zur Absendung des Stückeverzeichnisses (§ 18) abzuweichen. Es sollen aber keinerlei materiellrechtliche Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Parteien, so wie es in § 356 HGB geschieht, getroffen werden. Daher gebraucht auch § 19 D.G. den Ausdruck: „gilt als befriedigt."

„Mit Bezug auf diese Wertpapiere" müssen die Forderungen entstanden sein. Es haftet also jedes Wertpapier für die mit Bezug auf es selbst entstandenen Forderungen, wobei die Art der Verwahrung — Sonder- oder Sammelverwahrung — selbstverständlich keine Rolle spielt. Bei der Sammelverwahrung werden alle von dem Zwischenverwahrer dem Dritten übergebenen Wertpapiere bei diesem einheitlich unter dem Namen des Zwischenverwahrers verwahrt, also die Papiere verschiedener Hinterleger, vielleicht auch solche des Zwischenverwahrers selbst, in einem Sammeldepot. Auch bei der Sammelverwahrung haften die Wertpapiere jedes einzelnen Hinterlegers nur für die bei der Sammelverwahrung für sie selbst aus der Verwahrung entstandenen Forderungen des Dritten gegen den Verwahrer, nicht für alle Forderungen aus der Sammelverwahrung, zumal — wie bereits bei der Sammelverwahrung ausgeführt worden ist — diese doch nur eine reine Buchungsangelegenheit ist.[19]) Daraus ergibt sich die Folgerung, daß praktisch dem Dritten ein Zugriffsrecht wegen der Forderungen, die „Mit Bezug auf diese Wertpapiere" entstanden sind, an dem pfandfreien Anderdepot (Depot B) des Zwischenverwahrers bzw. Zwischenverpfänders bei dem Dritten unmöglich sein wird, da jedes in diesem Depot B liegende Wertpapier nur für die mit Bezug auf sich entstandenen Forderungen haftet, eine Berechnung aber kaum möglich sein dürfte.[20]) Eine entsprechende Einschränkung der Geltendmachung von Forderungen greift auch Platz, wenn Wertpapiere zur Verpfändung, Veräußerung, zum Umtausch und zum Bezug von Zins- und Gewinnanteilscheinen einem Dritten anvertraut worden sind. Nicht zu den Forderungen, die „mit Bezug auf diese Wertpapiere" entstanden sind, gehören etwa diejenigen, deren Sicherung die Verpfändung dient; denn der Ausdruck „mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden" besagt ja schon, daß erst die Wertpapiere anvertraut sein und dann die Forderungen entstanden sein müssen.

Bei den Forderungen, deren Sicherung die Verpfändung dient, aber ist es umgekehrt. Es ist erst die Forderung entstanden (Rückkredit), und zu deren Sicherung wurden die Wertpapiere verpfändet. Diese Forderungen gehören vielmehr unter die

[19]) Vgl. auch RGZ 41/34; 71/339; JW 1919/474; BA VIII/334.
[20]) Vgl. auch den Kommentar von Quassowski-Schröder, Abschnitt 7 zu § 4.

Zu 2. genannten Forderungen. Solche Forderungen, „zu deren Sicherung die Wertpapiere verpfändet worden sind", sind bei dem Verwahrungsgeschäft weiterhin diejenigen, die aus den drei Verpfändungsarten des § 12 sich ergeben können. Es sind dies

a) bei der regelmäßigen oder üblichen Verpfändung also die Forderungen aus der Gewährung eines gemeinsamen Rückkredits für alle Krediteinräumungen an alle Hinterleger, die die Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erteilt haben (§ 12 Abs. 2),

b) bei der beschränkten Verpfändung die Forderungen, die aus der Gewährung des Rückkredits für die Krediteinräumung an den einzelnen Hinterleger entstanden ist, wofür dieser seine Ermächtigung zur beschränkten Verpfändung erteilt hat (§ 12 Abs. 3), und

c) bei der unbeschränkten Verpfändung jedwede Forderungen aus irgendwie gearteten Geschäften zwischen dem Dritten und dem Zwischenverwahrer. Auch für diese unbeschränkte Verpfändung muß die entsprechende Ermächtigung erteilt sein (§ 12 Abs. 4).

Ist also bei der Anvertrauung der Wertpapiere durch den Zwischenverwahrer an den Dritten keinerlei Mitteilung von seiten des Zwischenverwahrers erfolgt, so muß der Dritte wissen, daß er nur das beschränkte Pfandrecht des § 4 Abs. 1, Satz 2 geltend machen kann. Die Papiere gelten für ihn als fremde. Das weitergehende Pfandrecht des § 4 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz ist nur dann möglich, wenn bei jedem über die Wertpapiere abgeschlossenen Geschäft klar und deutlich erklärt wird, für welche Forderungen die Wertpapiere haften sollen. Im Geschäftsverkehr der Banken untereinander wird in der Praxis die Bestimmung dahin genügen, in welches Depot die anvertrauten Werte zu legen sind.[21]) Wird also vom Zwischenverwahrer die Bestimmung getroffen, die Wertpapiere in das Eigendepot (Depot A) zu legen, so weiß der Dritte, daß eine unbeschränkte Verpfändung mit allgemeiner Pfandhaftung erfolgen soll. Sollen sie in das Anderdepot (Depot B) gelegt werden, so ist ihm damit gesagt, daß sie keinerlei Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten wegen Forderungen des Dritten gegen den Zwischenverwahrer unterworfen sein sollen. Sollen sie in das Pfanddepot (Depot C) gelegt werden, so weiß der Drittpfandnehmer, daß damit die Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erteilt worden ist, also für den allgemein erteilten Rückkredit, für den die Wertpapiere auch als Pfand haften sollen. Wird endlich die Anweisung erteilt, die Wertpapiere in Sonderpfanddepot (Depot D) zu legen, so bedeutet das die Ermächtigung zur beschränkten Verpfändung und gleichzeitigen Haftung für den dem einzelnen Depotkunden gegebenen Sonderrückkredit.

---

[21]) Vgl. auch Nr. 2 der Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden.

Der gutgläubige Pfanderwerb im Rahmen der Fremdvermutung.

Die Regelung über den Erwerb von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten des Dritten an den ihm auf Grund eines Verwahrungs-, Verpfändungs- oder Anschaffungsauftrags anvertrauten Wertpapieren oder Sammeldepotanteilen, welche gesetzliche Bestimmungen trifft über den ordnungs- und gesetzmäßigen Gang des Geschäftsverkehrs der Banken untereinander, erfährt eine Änderung für den Fall, daß das Zwischenglied der dreigliedrigen Kette ohne eine ihm von seinem Auftraggeber erteilte Ermächtigung oder über den Rahmen dieser Ermächtigung hinaus handelt. Es ist also an die Fälle gedacht, in denen das Zwischenglied auf Grund einer verbotenen Handlung dem Dritten mehr Rechte einräumt, als ihm auf Grund der ihm vom Depotkunden erteilten Ermächtigung gestattet ist, indem er z. B. Werte, die ihm nur zur Verwahrung anvertraut sind, dem Dritten nach einer der drei Verpfändungsarten des § 12 verpfändet, oder indem er ihm anvertraute Werte, für die ihm eine Verpfändungsermächtigung erteilt worden ist, über ihren Rahmen hinaus verpfändet, indem er dem Dritten z. B. erklärt, eine Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung erhalten zu haben, in Wahrheit aber eine solche nur zur üblichen oder beschränkten Verpfändung erhalten hat, oder schließlich, indem der Zwischenkommissionär dem Drittkommissionär die noch anzuschaffenden Werte entgegen dem Willen des Kunden auch verpfändet. In diesen und in allen anderen Fällen, in denen auf Grund einer strafbaren Handlung dem Dritten durch das Zwischenglied mehr Rechte eingeräumt worden sind, als eingeräumt werden durften, hängt der dementsprechende Erwerb von Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten allein von dem guten Glauben des Dritten ab.

Im Rahmen der Fremdvermutung erfährt der gute Glaube an das Eigentum der Zwischenperson entsprechend § 4 Abs. 1, Satz 1 keinen Schutz nach den §§ 932 ff BGB im Gegensatz zu dem Depotgesetz von 1896. Gab früher ein Lokalbankier z. B. Wertpapiere seiner Kunden in das Depot des Zentralbankiers, um darauf Kredit zu nehmen, so griffen bei Fehlen der Fremdanzeige und der damit vorliegenden Eigenvermutung die Vorschriften der §§ 1207, 932 ff BGB und des § 366 HGB bezüglich des guten Glaubens des Zentralbankiers an das Eigentum und die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers ohne weiteres Platz. Nunmehr ist dem Dritten dieser Redlichkeitsschutz durch die Fremdvermutung versagt und nur soweit bestehen geblieben, als der Dritte an die Verfügungsbefugnis des Zwischengliedes geglaubt hat und glauben durfte.

§ 366 HGB betrifft nicht das Verfügungsrecht selbst, sondern nur die Wirkung des guten Glaubens an ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Verfügungsrecht.

Guter Glaube ist einmal dann gegeben, wenn der Dritte, ohne grob fahrlässig zu sein, an die von dem Depotkunden angeblich erteilte Verfügungsermächtigung glaubt, wenn er sich also im Irrtum über das Vorliegen von Tatsachen befindet, oder dann, wenn er, im Irrtum über die Rechtsverhältnisse, an den Umfang der Verfügungsbefugnis der Zwischenperson geglaubt hat. Dieser Schutz des

guten Glaubens besteht, wie gesagt, auch heut im Rahmen der Fremdvermutung noch nach § 366 HGB und versagt selbst dann nicht, wenn der Dritte wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Zwischenperson nicht Eigentümer der Wertpapiere war. Es genügt für die Geltung des § 366 HGB, daß der Dritte gutgläubig an die Verfügungsbefugnis der Zwischenperson geglaubt hat.[22])

Eine feste Norm aufzustellen, wonach der gute Glaube zu bejahen oder zu verneinen wäre, ist nicht möglich; vielmehr wird man von Fall zu Fall seine Entscheidungen zu treffen haben.[23]) Das Reichsgericht hat in mehreren seiner Entscheidungen folgende Grundsätze für den guten Glauben aufgestellt, die aufzustellen selbstverständlich nicht dem Gesagten widerspricht insofern, als trotzdem von Fall zu Fall, wenn auch unter Zugrundelegung von Grundsätzlichem, entschieden werden muß. Nach diesen Grundsätzen[24]) wird für eine Bejahung des guten Glaubens beim Dritten im allgemeinen eine Erklärung des Lokalbankiers als ausreichend zu erachten sein, daß er zu einer der in § 12 genannten Verpfändungen ermächtigt sei. Allerdings ist dies nicht so zu verstehen, daß eine Erklärung schlechthin genügt, er dürfe nach Belieben die Wertpapiere weiterverpfänden, wenn auch unter Zugrundelegung der drei Arten des § 12. Diese Erklärung reichte früher aus, jedoch nicht mehr heut. Heut muß man die eindeutige Erklärung verlangen, er sei z. B. zur üblichen Verpfändung ermächtigt, oder er sei z. B. zur unbeschränkten Verpfändung ermächtigt. Entsprechend wird es auch genügen, wenn der Lokalbankier den Zentralbankier anweist, die Wertpapiere bzw. Sammeldepotanteile in Depot A, B, C oder D zu legen, weil mit dieser Anweisung gleichzeitig stillschweigend die Art und der Umfang der Ermächtigung kundgetan wird; denn die Ermächtigung des Lokalbankiers an den Zentralbankier kennt keine gesetzlich vorgeschriebene Formstrenge, die diese stillschweigende oder durch schlüssige Handlungen erfolgende Mitteilung untersagte. Es bezieht sich der Schutz des § 366 HGB depotrechtlich also nicht mehr auf eine Verfügungsberechtigung ganz allgemein, wie im Depotgesetz von 1896, sondern nur noch auf eine Verpfändungsermächtigung zu einer bestimmten Verpfändungsart. Nach § 2 des Depotgesetzes von 1896 war es dem Verwahrer gestattet, sich eine Ermächtigung zur Verfügung „zu eigenem Nutzen" vom Depotkunden erteilen zu lassen. Damit war er zu jeder Art der Verfügung über die Werte befugt. Es konnte also auf Grund dieser allgemeinen Ermächtigung der Depotkunde, der sich über den Umfang des Verzichts auf seine Rechte an seinen Wertpapieren nicht klar war, z. B. durch die Aneignung der Werte durch den Verwahrer, alle Rechte verlieren. Um diese Unsicherheitsmomente für den Kunden auszuschalten, hat man, wie ich

[22]) Dabei sind die Inhaberpapiere nach § 1293 BGB bezüglich der Art des Pfanderwerbs den Vorschriften über bewegliche Sachen unterworfen; für die Orderpapiere gilt die Regelung der §§ 364 Abs. 1, 365 Abs. 1 HGB, Art. 16 WG.

[23]) So auch RGZ 41/36.

[24]) In RGZ 68/130 und BA X/236.

früher schon einmal betonte, im neuen Depotgesetz diese allgemeine Verfügungsbefugnis beseitigt. Es wird an ihrer Stelle die Ermächtigung zu einer der Verpfändungsarten des § 12 einerseits und die Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum andererseits verlangt, die jedesmal unter der vom Gesetz vorgeschriebenen Formstrenge zu erteilen sind. Da im Geltungsbereich der Fremdvermutung ein gutgläubiger Eigentumserwerb nicht möglich ist, bleibt in der Tat nur noch der Schutz des § 366 HGB mit Bezug auf eine bestimmte Verpfändungsermächtigung bestehen. Der Zentralbankier muß sich also im Interesse seines gutgläubigen Pfanderwerbs vergewissern, ob der Lokalbankier zu einer Verpfändung ermächtigt ist und nach welcher der drei Arten die Verpfändung erfolgen darf. Man wird hierbei aber so weit gehen dürfen, zu sagen, daß, wenn der Lokalbankier die Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung erteilt erhalten hat, er die Wertpapiere ohne weiteres auch in der Art der üblichen oder beschränkten Verpfändung wird weiterverpfänden dürfen, da die unbeschränkte Verpfändungsermächtigung weitergeht, als die beiden anderen Verpfändungsarten. Ebenso wird der Lokalbankier, wenn er die Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erhalten hat, die Kundenwerte auch beschränkt verpfänden dürfen. Desgleichen wird er umdeutungsweise verfahren dürfen (§ 140 BGB), wenn die Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung vom Depotkunden nicht formgerecht erklärt worden ist, aber trotzdem in ihrer Form einer der für die anderen Verpfändungsarten vorgeschriebenen entspricht. Hat der Zentralbankier eine auf das einzelne Geschäft bezügliche und für ihn eindeutige Erklärung nicht, wird er bei der Verbuchung ebenso vorsichtig wie der Lokalbankier verfahren müssen, nämlich die ihm anvertrauten Werte sicherheitshalber auf dem pfandfreien Anderdepot verbuchen; andernfalls kann er evtl. nicht mit dem Redlichkeitschutz des § 366 HGB rechnen.

Von Bedeutung für den gutgläubigen Pfanderwerb des Dritten ist weiter die Frage, ob und wieweit er als verpflichtet gehalten werden muß, sich durch ein Vorlegenlassen der Ermächtigung davon zu überzeugen, daß die Weiterverpfändung in dem Umfange der erteilten Ermächtigung erfolgt. Das Reichsgericht hat zu dieser Frage im Gegensatz zur Ansicht der Praxis in mehreren Entscheidungen Stellung genommen und verlangt, daß eine Nachprüfung zu erfolgen habe. Es sagt z. B.:[25]) „Werden ihm (dem Bankier) fremde Papiere als Sicherheit angeboten, so wird er sich eine solche Ermächtigung, die allein die Verpfändungsbefugnis herzustellen vermag, vorlegen oder ihr Dasein in anderer Weise glaubhaft machen lassen müssen." Oder:[26]) „Die Veranlassung, sich nähere Kenntnis über den Umfang seiner (des Lokalbankiers) Verfügungsbefugnis zu verschaffen, blieb danach bestehen. Die Geschäftssicherheit erfordert es, daß sich Unternehmungen, die Bankgeschäfte betreiben, bei solchen Abschlüssen der peinlichsten Gewissenhaftigkeit befleißigen."

[25]) RGZ 82/34.
[26]) RGZ 118/41.

Aber schon bei dieser Entscheidung handelt es sich nicht abstrakt um die Notwendigkeit der Nachprüfung, sondern es ist im Zusammenhange damit von Verdachtsmomenten die Rede. Das Reichsgericht sagt hierzu weiter: [27]) „Richtig ist, daß auch bei der Anwendung des § 366 HGB der Gedanke des Kundenschutzes nicht eindeutig in den Vordergrund geschoben werden darf. Die Belange des ordnungsmäßigen Bankverkehrs heischen ebenfalls Berücksichtigung." Das Reichsgericht kommt also hierbei den Notwendigkeiten der Praxis schon wesentlich näher und verlangt ein Gegeneinanderabwägen der beiderseitigen Interessen. Es fährt dann fort: „Unbegründet ist die Meinung, es dürfe dem Zentralbankier nicht zugemutet werden, sich dadurch Gewißheit über die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers zu verschaffen, daß er sich das Ermächtigungsschreiben des Kunden in Urschrift vorlegen lasse. Wenn dem Zentralbankier Anlaß zu Mißtrauen gegen den Lokalbankier gegeben ist, so steht ihm nur die Möglichkeit zu, das Geschäft abzulehnen, oder Nachforschungen anzustellen. In beiden Fällen wird das Verhältnis zwischen Bank und Kunden sehr oft getrübt werden. Aber das muß der Zentralbankier in Kauf nehmen." Es geht das Reichsgericht in diesem Falle zu Recht von seinem einmal eingenommenen schroffen Standpunkt nicht ab, was hierbei auch von der Praxis verstanden werden wird, weil auf seiten des Zentralbankiers ein gewisses Mißtrauen in die Handlungsweise des Lokalbankiers begründet war. Man kann aber gleichzeitig aus den Ausführungen dieser Entscheidung den Schluß ziehen, daß das Reichsgericht bei Fehlen dieser Verdachtsmomente, unter Berücksichtigung der auch von der Praxis geforderten Abwägung der beiderseitigen Interessen, seinen der Praxis ungünstigen Standpunkt doch aufzugeben geneigt ist, also nicht mehr u n b e d i n g t ein Nachprüfen der Ermächtigung von dem Zentralbankier verlangen wird. Diese erstrebenswerte Stellung nimmt es auch in BA XXXIII/392 dann ein, wenn es sagt, daß, wenn auch bei jahrelangem Geschäftsverkehr zwischen dem Lokalbankier und dem Zentralbankier keinerlei Beanstandung erfolgt ist, „unter den besonderen obwaltenden Umständen" eine Nachprüfung erfolgen müsse. Anschließend führt es sehr bedeutsam aus: „Ob die Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners durch Jahre hindurch geeignet ist, sachliche Bedenken in den Hintergrund zu stellen und eine Nachprüfung zu unterlassen, ist Frage des besonderen Falls."

Der Standpunkt des Reichsgerichts ist also der Ansicht der Praxis nicht grundsätzlich entgegengesetzt, denn immer sind es bei seinen Entscheidungen besondere Umstände, die es zu seiner schroffen Haltung veranlaßt haben. In Bd. 41, S. 36, sagt es sogar eindeutig, daß der Redlichkeitsschutz von den Umständen des einzelnen Falles abhängig sei und auch hervorzuheben sei, „daß der Zentralbankier sich auf eine Prüfung der ihm etwa von seinem Auftraggeber vorgelegten Nachweisungen nicht einzulassen braucht." Bei diesen Betrachtungen darf man im übrigen nicht außer acht lassen, daß diese Entscheidungen zu einer Zeit ergangen sind, die noch

[27]) RGZ in BA XXXIII/392.

unter dem Eindruck der Schädigungen der Bankenkrise der neunziger Jahre stand, überdies in einer Zeit, in der das jetzt wirkende neue Depotgesetz weder in Kraft war, ja sogar noch nicht einmal geschaffen war und die eingangs erwähnten darin enthaltenen, teils erhöhten alten, teils völlig neuen Sicherungen, die dem Kundenschutz zu dienen bestimmt sind, vom Reichsgericht noch nicht in den Kreis seiner Betrachtungen gezogen werden konnten.[28])

Man kann daher m. E. ohne weiteres annehmen, daß das Reichsgericht bei heut zu fällenden Entscheidungen eindeutig, unter Ablehnung der Nachprüfungspflicht der Ermächtigungen, sich, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, auf den Standpunkt der Bankpraxis stellen würde.

Unter der weiteren Voraussetzung, daß man es bei den beiden Banken mit ehrenwerten Kaufleuten zu tun hat und keine Verdachtsmomente für das Gegenteil bestehen — und soweit wird man die Kenntnis des Zentralbankiers voraussetzen dürfen — besteht für den Zentralbankier zur Erhaltung des Redlichkeitsschutzes auch keine Veranlassung etwa zu Rückfragen bei den Depotkunden des Lokalbankiers, wie es das Reichsgericht in Bd. 87/329 noch forderte.[29]) Abgesehen davon, daß ein derartiges, vorsichtiges Verhalten unter Kaufleuten geradezu zu einer Kreditgefährdung des Lokalbankiers führen könnte und — weil als Mißtrauensvotum aufgefaßt — einer Untergrabung seines Ansehens bei der Kundschaft gleichkommen würde, würde dieses Gebaren eine ungeheure Erschwerung des Verkehrs mit sich bringen, die keinesfalls erwünscht sein kann und auch nicht in ihrem Umfange den Erfolgen entspräche, vielmehr das Vertrauen der Kundschaft in das Ansehen der Bankinstitute untergraben würde. Man wird vielmehr, wie es auch das Reichsgericht in Bd. 117/93 und in BA XXVI/484 tut, den Standpunkt vertreten müssen, daß der Zentralbankier sich grundsätzlich auch hierbei auf die Angaben des Lokalbankiers verlassen darf, es sei denn, daß begründeter Verdacht vorliegt, daß der Lokalbankier unbefugt handeln könnte, was immer aus den Umständen des einzelnen Falles sich ergeben wird.[30])

Dem großzügigeren Standpunkt der Praxis zu diesen Fragen wird man unter Berücksichtigung des schon Gesagten um so mehr beipflichten können, als durch ein jedesmaliges Nachprüfen der Ermächtigungen die Umständlichkeit, Kostspieligkeit und die durch die Versendung der Urkunden entstehende Unsicherheit in dem Geschäftsverkehr der Banken nur erhöht würde, während durch die depotgesetzlichen und auch außerdepotgesetzlichen Vorschriften schon eine genügende Auslese in Bezug auf Eignung und Fähigkeit der Leiter der Kreditinstitute getroffen wird, für die noch obendrein in der Depotprüfung eine Überwachungsstelle geschaffen worden ist. Im übrigen würde eine Prüfung der Nachweisungen, sei es durch Vorlegung oder durch Rückfragen bei der Depotkundschaft

28) Als bedeutend erhöhter Sicherheitsfaktor sind auch die verschärften Bedingungen für die Depotprüfung zu betrachten.

29) Vgl. auch RGZ 68/130 und in BA X/236.

30) Vgl. dazu auch RGZ 143/18, BA XXX/391; XXXII/326; XXXIII/52.

des Lokalbankiers insofern auf Schwierigkeiten stoßen, als der Lokalbankier sowohl in verständlicher Rücksichtnahme auf die Interessen des Wettbewerbs sich nicht bereitfinden wird, die Namen seiner Depotkunden dem Zentralbankier mitzuteilen, als auch irgend welche private Interessen der Kunden ihrer Namensnennung im Wege stehen können. Darüber hinaus aber würde, wenn der Lokalbankier wirklich durch verbotene Handlungen zum Nachteile des Kunden verfügen wollte, ihn eine nicht erteilte Ermächtigung nicht hindern, diese sich auf anderem Wege zu verschaffen. Es gründet sich die Sicherheit der Depotkunden auch hier zum letzten doch wieder nur auf der anständigen und ehrlichen Gesinnung des Bankiers. Dementsprechend äußert sich auch das Reichsgericht in den erwähnten Entscheidungen Bd. 117/93, JW 1927/1683, BA XXVI 484 dahin: „Wenn es sich um einen alten Kunden handelt, gegen dessen Zahlungsfähigkeit keine Bedenken bestehen, ist in der Tat kein Anlaß gegeben, seinen Versicherungen zu mißtrauen und sich seine Verfügungsberechtigung bestätigen zu lassen.„ Worin der genannte begründete Verdacht zu erblicken sein wird, der bei Außerachtlassung zum Verlust des Redlichkeitsschutzes führen muß, wird auch hier wieder von Fall zu Fall zu entscheiden sein, sagt das Reichsgericht weiter, kann aber unter Umständen in für die Depotkunden offensichtlich nachteiligen, für den Lokalbankier dagegen offenlichtlich vorteiligen Geschäften zu erblicken sein, was gleichzeitig auch — liegt der Fall besonders kraß — ein entsprechendes Licht auf den Wert der Persönlichkeit des Bankiers werfen wird und bei Wiederholung solcher Umstände höhere Anforderungen an den guten Glauben des Zentralbankiers zu stellen wird erforderlich machen müssen.

Diese Anschauungen über den guten Glauben beim Pfanderwerb wird man auch heut im Bereich der Fremdvermutung noch gelten lassen dürfen, einmal, weil die Fremdvermutung die Fremdanzeigepflicht des alten Depotgesetzes abgelöst hat und nichts anderes im Grunde darstellt, als eine automatisch wirkende, stillschweigende Fremdanzeige, und weiterhin, weil diese Ansicht auch den heutigen tatsächlichen und praktischen Notwendigkeiten durchaus entspricht.

Da im bankgeschäftlichen Verkehr der Gebrauch von Formularen üblich und gebräuchlich ist, die die verschiedenen Verfügungsermächtigungen enthalten und die teilweise nur noch namentlich zu unterschreiben sind, taucht die immer wieder erörterte Frage auf, ob im Hinblick auf den Kundenschutz des § 4 die rein schematische, formularmäßige Erklärung des Vordrucks genügen kann, um bei dem Zentralbankier den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers als bewiesen anzusehen.

Diejenigen, die bei ihren Erörterungen darüber Bedenken hegen gegenüber der Verwendbarkeit von Vordrucken, tun es deswegen, weil sie der Ansicht sind, schon darin, daß der Unterschreibende etwas nur u n t e r schreibt, was er nicht selbst geschrieben hat, entsteht für ihn, bzw. für den durch ihn Vertretenen — den Depotkunden — die Gefahr, daß er entweder nicht ganz verstehen könnte, was er unterschreibt, oder daß er leichtfertig etwas u n t e r schreibt,

was er beim Selbstschreiben nicht unterschrieben haben würde. Es könne also durch den Formulargebrauch nur allzuleicht eine Benachteiligung der Depotkundschaft erfolgen, die bei Weglassung der Formulare zu vermeiden sei.

Dem kann entgegengehalten werden, daß diese Ansicht [31]) insofern zu weit geht, als jeder Mensch heut in jedem auch irgendwie gearteten Geschäftsverkehr der Wirtschaft oder der Behörden angewiesen ist, sich mit Formularen abzugeben. Der Gebrauch von Formularen ist heut jedem in Fleisch und Blut übergegangen, und jeder sieht sich heut, ohne daß ihm dadurch besondere Schwierigkeiten entstehen, vor die Notwendigkeit gestellt, Formulare auszufüllen oder zu unterschreiben. Was man aber jedem, auch dem noch so Ungeübten, zumuten, ja von ihm verlangen darf, das darf man erst recht von einem bankgewerblichen Kaufmann verlangen, der überdies noch eine jahrelange Übung in formularmäßigen Erklärungen hat. Man darf auch von ihm voraussetzen, daß er mit genügender Sorgfalt das formularmäßig Erklärte durchliest und den Inhalt als nunmehr bekannt unterschreibt. Im übrigen sind die Vordrucke so klar und verständlich gehalten, daß ein Irrtum unentschuldbar ist. Wenn Klausing [32]) jeden Gebrauch des Vordrucks in der Bankpraxis und der Wirtschaft, in den öffentlichen Betrieben und Verwaltungen ablehnt und es als bemerkenswerten Fortschritt bezeichnen würde, wenn man auch „bei den verantwortlichen Trägern der Rechtssetzung jeden neuen Vordruck für Rechtsgeschäfte und rechtlich bedeutsame Akte aller Art von vornherein mit einem gesunden Mißtrauen betrachten und die Verfasser dieser Erzeugnisse der „Kautelarpraxis" unter den psychologischen Zwang eines schlechten Gewissens stellen würde", so ist das wohl zu weit gegangen. Verfehlt aber ist es, den Urhebern des Depotgesetzes den Vorwurf der „Kautelarpraxis" zu machen, denn gerade das Gegenteil von einer Knebelung der Kunden durch den Juristen der Bank, der Fabrik oder eines Verbandes soll im neuen Depotgesetz erreicht werden, nämlich der Schutz der Kunden gegenüber etwaigen Übergriffen der Verwahrer.

Gegen unredliche Absichten eines Lokalbankiers aber schützt auch ein Manuskript nicht, denn für den unredlichen Lokalbankier gibt es viele andere Möglichkeiten, die anvertrauten Wertpapiere für sich zu verwerten. Es bedeutet in diesen Fällen das Manuskript aber auch gar keinen Schutz. Der Lokalbankier braucht ja gar nicht, wenn er betrügen will, in einem Formular oder einem Handschreiben an den Zentralbankier die Wertpapiere als fremde und sich als verfügungsberechtigt zu bezeichnen. Er braucht nur einen Orderzettel auszustellen, in dem der Vermerk, die Papiere seien fremde, fehlt. Dann erhält er Geld und Kredit, ohne im Entdeckungsfalle schwerer bestraft zu werden, als wenn er Fremdanzeige erstattet und sich für verfügungsberechtigt erklärt hätte. In diesem Falle, also dem der erfolgten Eigenanzeige, verlangt das Reichsgericht keine Umkehrung der Beweislast. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es die beiden Fälle so unterschiedlich behandelt

[31]) Vgl. RGZ 71/341; JW 1909/474; BA VIII/334; JR 1934/247.
[32]) BA XXXVII/156.

haben wollte. Nur ein besonderer Sachverhalt, nicht aber die Fremdanzeige des Lokalbankiers kann m. E. in beiden Fällen den bösen Glauben des Zentralbankiers begründen. Wenn man aber, wie es das Reichsgericht tut, nicht grundsätzlich und unbedingt die Vorlegung der Ermächtigungserklärung vom Lokalbankier verlangt, oder ihn ebensowenig grundsätzlich und unbedingt zu einer Nachprüfung der Angaben des Lokalbankiers verpflichtet, kann man nicht das viel kleinere Streitobjekt der Benutzung von Vordrucken mit einem Nein entscheiden, ohne inkonsequent zu sein.

Die Frage, wer bei dem gutgläubigen Pfanderwerb im Depotgesetz die Beweislast für den guten Glauben zu tragen hat, ist von der Wissenschaft und der Rechtsprechung des Reichsgerichts sehr umstritten worden. Zu ihr möchte ich im Rahmen der Fremdvermutung folgende Stellung einnehmen: Unter Inbetrachtziehung dessen, daß die Fremdvermutung die Stelle der Fremdanzeige des alten Depotgesetzes eingenommen hat, wird man die Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie zu dem gutgläubigen Pfanderwerb Stellung nimmt, bis zu einem gewissen Grade wenigstens der Erörterung der vermutlichen heutigen Stellungnahme über die Beweislast bei dem gutgläubigen Pfanderwerb im Rahmen der Fremdvermutung zugrundelegen können.

Nach der auch für die §§ 1207 ff. BGB und 366 HGB geltenden Regel des § 932 BGB, aus dessen Fassung „es sei denn" sich ergibt, daß derjenige, welcher den schlechten Glauben geltend macht, ihn auch zu beweisen hat,[33]) liegt dieser Beweis dem Lokalbankier als dem Pfandgeber ob. An diesem auch für den Pfanderwerb nach den §§ 1293, 1207 BGB geltenden Grundsatz ist durch § 366 HGB nichts geändert worden; der Schutz des guten Glaubens ist nur ausgedehnt, die durch § 932 BGB geregelte Beweislast aber nicht irgendwie berührt. Daher erwirbt der Zentralbankier als Pfandnehmer grundsätzlich ein Pfandrecht auch an einer dem Lokalbankier als Pfandgeber nicht gehörenden Sache, von welcher Regel eine Ausnahme nur dann eintritt, wenn dem Pfandnehmer bewiesen wird, daß er beim Pfanderwerb nicht in gutem Glauben war.

Diese Beweislastregelung hat das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen[34]) mit folgender Begründung umgekehrt: Durch § 8 des Depotgesetzes von 1896 und der darin enthaltenen Fremdanzeigepflicht, die dem Kundenschutz zu dienen bestimmt sei, müsse man im Bankdepotgesetz die Beweislast umkehren und vom schlechten Glauben des Zentralbankiers ausgehen, weil er wisse, daß die Papiere fremde seien und eine Verfügungsbefugnis nicht gutgläubig annehmen könne und dürfe, wenn man nicht andernfalls den mit § 8 bezweckten Schutz hinfällig machen wolle.

Daß man die Regeln über die Verpfändungsgeschäfte auch für die Fälle des § 8 anwenden dürfe und müsse, obgleich dort nicht von einer Verpfändung gesprochen wird, wird dabei allgemein angenommen.[35])

[33]) Vgl. Planck Vorbem. zum Allgem. Teil unter V 2, 2. Aufl., Bd. I, S. 45.
[34]) RGZ 71/337; 87/331; 117/93; JW 1909/265; BA XXVI/484.
[35]) Vgl. dazu RGZ 27/1683 und Riesser, 4. Aufl., S. 122, Note 1.

Diese Umkehrung der Beweislast scheint mir nicht richtig. Der Lokalbankier weiß mit erfolgter Fremdanzeige und heut mit dem Eintritt der gesetzlichen Fremdvermutung, daß die Papiere dem Lokalbankier nicht gehören. Was also die Eigentumsverhältnisse anbetrifft, wird man guten Glauben des Zentralbankiers nicht annehmen können. Aber gleichzeitig wegen dieses „Wissens" um das Nichteigentum des Lokalbankiers dem Zentralbankier den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis darüber absprechen zu wollen in der Besorgnis, den Vorschriften über die Fremdanzeige, bzw. heut über die Fremdvermutung, ihre Schutzwirkung zu nehmen, geht m. E. zu weit; denn die Schutzwirkung würde damit unberechtigterweise zu weit ausgedehnt. Unter Zugrundelegung dessen, was ich über die Voraussetzungen des guten Glaubens bei dem Zentralbankier bereits gesagt habe, wird dieser grundsätzlich mit der Ehrbarkeit rechnen und, wenn keine Bedenken dagegen vorliegen, mit der von ihm behaupteten Verfügungsbefugnis und deren Umfang rechnen dürfen; denn es spricht bei einem Bankier grundsätzlich nichts dagegen, daß er von den Depotkunden die Ermächtigung und diese in dem behaupteten Umfange erhalten hat, über ihr Eigentum durch Verpfändung zu verfügen, soweit es nicht zu ihrem Nachteile geschieht, d. h. unter gleichmäßiger Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen. Werden in diesem Rahmen Verpfändungen von seiten des Lokalbankiers an den Zentralbankier über Kundenwerte vorgenommen, will ich eine Umkehrung der Beweislast nicht gelten lassen. Geht die Verfügung des Lokalbankiers über diesen Rahmen hinaus, d. h., sind die Verfügungen offensichtlich zum Nachteile des Kunden und damit gleichzeitig zum Vorteile des Lokalbankiers, soll sich die Beweislast in Übereinstimmung mit der Ansicht des Reichsgerichts umkehren, da man in diesen Fällen nicht mehr vom guten Glauben des Zentralbankiers wird sprechen können.

Zusammenfassend also wird man die Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der Umkehrung der Beweislast, soweit sie Eigentumsverhältnisse hat treffen wollen, gelten lassen dürfen, nicht aber grundsätzlich, soweit sie heut seine Verpfändungsbefugnis mit einschließt. Darin wird die Gutgläubigkeit des Zentralbankiers nicht berührt. Dabei genügt es nicht etwa schon zur Umkehrung der Beweislast, daß Bedenken gegen den guten Glauben des Zentralbankiers auftauchen; denn wie Rospatt in BA XXXI/225 ausführt: „Die gesetzliche Vermutung steht nicht dem sogenannten Primafaciebeweis (auch als vorläufiger oder Wahrscheinlichkeitsbeweis bezeichnet) gleich, der schon durch Gegenwahrscheinlichkeit oder sogar eine anderweitige Möglichkeit entkräftet wird. Die gesetzliche Vermutung ist eine Vollvermutung, die keine Abwägung nach Wahrscheinlichkeitsprozenten verträgt, sondern nur durch vollen Gegenbeweis gem. § 292 ZPO widerlegbar ist.[36])

Damit, daß das Reichsgericht den Schutz der Fremdanzeige, bzw. heut der Fremdvermutung, durch die Nichtumkehrung der

[36]) Vgl. auch Gaupp-Stein, ZPO 12. Auflage, § 282 A IV 7, § 292 A II 2.

Beweislast untergraben sieht, bzw. sehen würde, — es liegen die Fremdvermutung betreffend noch keine Entscheidungen vor — dehnt es, wie schon angedeutet, den Schutz des § 8 zu weit aus. Der Zentralbankier kann sich im Rahmen der Fremdvermutung des heutigen Gesetzes keinesfalls auf seinen guten Glauben bei Verfügungen über das Eigentum berufen, wohl aber grundsätzlich auf den über die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers. Daß ersteres nicht sein darf, findet seine Stütze im Gesetz; daß letzteres nicht sein dürfte, ist vom Gesetz nicht gesagt und, wie oben ausgeführt, auch außergesetzlich nicht grundsätzlich bedingt. Ersteres hat seine Grundlage im Gesetz, letzteres in den individuellen Ansichten über die Moral des Vertragspartners. Warum man bei so verschiedenen Grundlagen das Verlangen des einen auf das des anderen übertragen zu können oder zu müssen glaubt, kann ich mit den vom Reichsgericht in seinen Entscheidungen gegebenen Begründungen nicht einsehen. Man kann also nicht von einer Gefährdung des Zwecks der Schutzbestimmung des § 8 bzw. des § 4 sprechen, wie es das Reichsgericht zur Begründung seines Standpunktes getan hat.[37]) Es ist interessant, daß sich das Reichsgericht bezüglich der Entstehung der beschränkten Pfandrechte nach § 8 Abs. 2 dann auch der Anschauung der Praxis zugeneigt hat und von einer Umkehrung der Beweislast nicht mehr spricht.[38]) Entsprechend dem Gesagten und der Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird man voraussehen können, daß auch das Reichsgericht heut mit Recht von einer grundsätzlichen Umkehrung der Beweislast nicht mehr sprechen wird. In den Fällen, in denen es auch bisher schon eine Umkehrung nicht forderte, handelte es sich immer um eine Verpfändung von Wertpapieren unter erfolgter Fremdanzeige und um Forderungen, die „mit Bezug auf diese Wertpapiere" entstanden waren, also um eine Verpfändung, die der heutigen beschränkten Verpfändung entspricht. Man wird daher heute schon ohne Bedenken diese Grundsätze zunächst einmal auf die beiden geltenden Arten der beschränkten und der üblichen Verpfändung Anwendung finden lassen können, da bei beiden Verpfändungsarten eine bestimmte Forderung zugrundeliegt, auf die es ankommt, für die die Wertpapiere verpfändet sind. Aber auch für die unbeschränkte Verpfändung wird die allgemeine Beweisregelung Geltung haben dürfen, da sie, wie gesagt, nicht die Wirkungen der Schutzbestimmungen der Fremdvermutung untergräbt, sondern das Vertrauen in die Anständigkeit und Ehrlichkeit der Bankinstitute. Im bankgewerblichen Verkehr müßte nach der abzulehnenden Ansicht des Reichsgerichts über die Beweislastregelung jeder Zentralbankier, der im Rahmen der Fremdvermutung Wertpapiere oder Sammeldepotanteile verpfändet erhält, um seinen guten Glauben beweisen zu können, bis in die kleinsten Kleinigkeiten alle Unterlagen für die

[37]) Gegen diese Einstellung des Reichsgerichts in diesen Entscheidungen haben sich auch ausgesprochen: Weißbart in BA XIII/128; Riesser, Komment. zum Bankdepotgesetz (1896), 3. Aufl. S. 111; Riesser-Bernstein, S. 229; Rospatt in BA XXXI/225; Bonn in BA IX/236.

[38]) Vgl. RGZ 133/187, JW 1931/3114; BA XXI/188.

Verpfändung einfordern und prüfen, immer ausgehend von der eigenen Ehrlichkeit, und der Unehrlichkeit des Lokalbankiers. Für den Fall dann, daß er seinerseits drittverpfändet, würde er dem gleichen Odium unterfallen, das er zunächst nur für einen anderen gelten ließ. Ein unhaltbarer, weil geradezu destruktiver Zustand, würde damit geschaffen. Als letztes aber möchte ich auch zur Frage der Beweislast beim gutgläubigen Pfanderwerb noch sagen, daß, wenn der Lokalbankier eine verbotene Handlung begehen will, er sie immer begehen kann und damit alle Schutzvorschriften hinfällig würden, es vielmehr also immer auf die ehrliche Gesinnung und anständige Handlungsweise ankommen wird, die allein den sichersten Schutz bieten kann. Diese Erkenntnis muß dann für die Annahme seiner grundsätzlichen Gutgläubigkeit sprechen, auch wenn er als Pfandnehmer weiß, daß die verpfändeten Werte nicht dem Pfandgeber gehören.

So wie für das Gebiet der Fremdvermutung, haben diese Ausführungen auch Gültigkeit im Rahmen der Fremdanzeige des § 7 Abs. 3 und des Widerrufs der Eigenanzeige des § 4 Abs. 2, da auch in diesen Fällen der gutgläubige Pfanderwerb auf Grund einer Ermächtigung zur Verpfändung erfolgt. Weiterhin haben sie Gültigkeit für den Fall der Eigenanzeige, wie für den, daß der nicht bankgewerbliche Verwahrer keine Fremdanzeige erstattet, und endlich für den Fall, daß die Fremdanzeige widerrufen wird; nur daß sich dann der Drittpfandnehmer auch direkt auf den Schutz des § 932 BGB berufen kann.

Der Geltungsbereich der Fremdvermutung im Verkehr mit dem Auslande.

Nach den angestellten Erörterungen über die Fremdvermutung im Inlandsgeschäft drängt sich die Frage auf, ob und inwieweit die Fremdvermutung auch im Verkehr mit dem Auslande besteht.

Das Depotgesetz gilt als deutsches Gesetz grundsätzlich nur für alle im Deutschen Reich zu erfüllenden Wertpapiergeschäfte und nur für den inländischen Kaufmann, nicht aber für den Ausländer, — mag er Verwahrer oder Dritter sein — es sei denn, daß er sich rechtsgeschäftlich den Bestimmungen des Depotgesetzes unterworfen hat, was hier aber nicht zur Erörterung steht. Werden also Wertpapiergeschäfte, die den depotrechtlichen Bestimmungen unterliegen würden,

vom Inlande nach dem Auslande

getätigt, so lassen den ausländischen Dritten die Bestimmungen des Depotgesetzes unberührt. Für ihn kommt also auch die Fremdvermutung nicht zum Zuge.

Treffen aber den inländischen bankgewerblichen Verwahrer Verpflichtungen dem ausländischen Dritten gegenüber, und welcher Art sind diese Verpflichtungen?

Der inländische bankgewerbliche Verwahrer kann aus seinen Verpflichtungen, die ihm doch zum Zwecke des Kundenschutzes auferlegt sind, ebensowenig entlassen werden, als wenn er einem inländischen Vertragspartner gegenüberstünde und gleichgültig, ob die

von ihm durch das Depotgesetz verlangten Handlungen und Erklärungen die vom Gesetz gewollten Wirkungen auch im Auslande haben.

Welche Verpflichtung aber trifft dann den bankgewerblichen Verwahrer? Die Fremdvermutung, die den Kundenschutz sichern soll, kommt ja im Verkehr mit dem ausländischen Dritten nicht zum Zuge, und eine Fremdanzeigepflicht ist im Gesetz nur für den nichtbankgewerblichen Verwahrer, nicht aber für den bankgewerblichen gesetzt.

Es ist im Verkehr zwischen einem bankgewerblichen Verwahrer und einem Dritten die Fremdvermutung auf der Seite des Dritten an die Stelle der Fremdanzeigepflicht auf der Seite des bankgewerblichen Verwahrers getreten und hat diese nur überflüssig gemacht, aber nicht beseitigt; denn so wie im Inlands- und Auslandsverkehr für den nichtbankgewerblichen Verwahrer die Fremdanzeigepflicht heut noch besteht, so stünde an sich im Inlandswie im Auslandsverkehr des bankgewerblichen Verwahrers dem nichts im Wege, daß er dem Dritten Fremdanzeige erstatte, gleichgültig, ob auf der anderen Seite die Fremdvermutung zum Zuge kommt oder nicht. Die Fremdvermutung stellt sich also als nichts anderes dar, als eine automatisch wirkende, stillschweigende Fremdanzeige. Kommt auf der Seite des Dritten die Fremdvermutung nicht zum Zuge, so lebt auf der Seite des Verwahrers — ich sage absichtlich ganz allgemein des Verwahrers — die Fremdanzeigepflicht wieder auf. So ist es, wenn der Verwahrer nicht bankgewerblicher Verwahrer ist, in § 4 Abs. 3 bestimmt, so muß auch erst recht entsprechend gefolgert werden, wenn der Verwahrer bankgewerblicher Verwahrer ist und Wertpapiere einem ausländischen Dritten in Verwahrung gibt.[39])

Es besteht also keine Fremdanzeigepflicht, wenn die Fremdvermutung zum Zuge kommt; dagegen besteht die Fremdanzeigepflicht immer, wenn die Fremdvermutung nicht zum Zuge kommt, also auch für den inländischen bankgewerblichen Verwahrer, der Wertpapiere einem ausländischen Dritten in Verwahrung gibt. Unter dem Gesichtspunkte des Kundenschutzes wäre auch sonst nicht zu verstehen, warum beim Auslandsverkehr der Inländer weniger geschützt sein sollte, als beim Inlandsverkehr. Diese Folgerung ist m. E. durchaus haltbar und wird solange auch ohne gesetzliche Regelung Geltung haben müssen, solange nicht auf Grund der vom Gesetz erteilten Ermächtigung des § 42 Abs. 2 eine gesetzliche Ergänzungsregelung für den Verkehr mit dem Auslande getroffen wird.

Es kann schon an dieser Stelle gesagt werden, daß diese Folgerung auch entsprechend anzuwenden ist auf das Verpfändungsgeschäft und auf das Anschaffungsgeschäft im Wege des Eigenhandels oder des Selbsteintritts.[40]) Wenn das Reichsgericht in seiner

---

[39]) Vgl. die Kommentare von Quassowski-Schröder und Opitz, Anm. 10 Nr. 4d zu § 4 und Bem. 6 zu § 4.

[40]) Vgl. auch Opitz in BA XXXVII/68.

Entscheidung in BA XXVI 194 einer solchen Folgerung auf Grund seiner dort gemachten Ausführungen auch nicht stattgegeben würde, so ist dabei zu berücksichtigen, daß ja im Depotgesetz von 1896 keine Fremdanzeigepflicht im Falle des Selbsteintritts bestand und das Reichsgericht seiner Entscheidung noch diesen Umstand zugrunde legte. Jetzt aber, da die Fremdanzeigepflicht besteht, muß sie erst recht, wenn die Fremdvermutung nicht zum Zuge kommt, wieder aufleben.[41]) Entsprechend dieser Auffassung ist auch schon am 4. Mai 1937 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe im Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes ein Entwurf für ein Benachrichtigungsschreiben an ausländische Bankverbindungen betreffend die Neuerung des Depotgesetzes zugegangen, in dem mitgeteilt worden ist: „Umgekehrt werden wir Ihnen bei Papieren, die bei Ihnen in unserem Depot liegen, in jedem einzelnen Falle eine besondere Anzeige machen, sofern diese Papiere weder unser Eigentum sind, noch wir nach deutschem Recht befugt sind, diese Papiere mit einem Pfandrecht zu Ihren Gunsten für unsere eigenen Verpflichtungen zu belasten."

Nunmehr steht die Frage zur Beantwortung, wie sich die Verhältnisse gestalten, wenn umgekehrt, also

vom Auslande nach dem Inlande,

Bankgeschäfte getätigt werden. Wiederum ausgehend davon, daß das Depotgesetz für alle im Inlande zu erfüllenden Wertpapiergeschäfte zu gelten hat, kommt man schon zu dem Ergebnis, daß die Fremdvermutung für den inländischen Dritten zum Zuge kommt, auch unter dem Gesichtspunkte, daß bei dem Grundsatze des Kundenschutzes kein ersichtlicher Grund vorhanden sein dürfte, der dem ausländischen Depotkunden einen weniger umfassenden Schutz zuteil werden lassen dürfte, als dem inländischen Depotkunden.

Die Folgerung für die Geltung der Fremdvermutung etwa unter dem Gesichtspunkte ablehnen zu wollen, daß der im Auslande Wohnende nicht Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes sein könne, da die Bestimmungen des Gesetzes nur auf die im Inlande Wohnenden Geltung hätten, ist nach den Ausführungen darüber, wer Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes ist, nicht haltbar; denn, wie festgestellt, kommt es für die Fiktion der Fremdvermutung für den im Inlande wohnenden Dritten nur darauf an, daß der anvertrauende Teil Bank- und Sparkassengeschäfte betreibt. Wo er sie betreibt, spielt dabei keine Rolle. Entscheidend bleibt, daß der Rechtserwerb im Inlande vollzogen wird.[42])

Diese Argumentation für das Bestehen der Fremdvermutung auch gegenüber einem Ausländer, der Kundenwerte hereingibt, kann man sich um so mehr anschließen, als die Frage, ob die Fremdvermutung Geltung hat oder nicht, von nachgeordneter Bedeutung insofern ist, als man in beiden Fällen bezüglich ihrer Wirkungen zu demselben praktischen Ergebnis kommen dürfte.

---

[41]) Vgl. Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 6 zu § 4.

[42]) Vgl. dazu auch den Kommentar von Quassowski-Schröder, Anm. 10, 2d zu § 4.

Nimmt man also an, die Fremdvermutung käme zum Zuge, dann kann zwar der Redlichkeitsschutz nicht damit begründet werden, daß der inländische Bankier den ausländischen für den Eigentümer der anvertrauten Wertpapiere gehalten hat, sondern nur noch auf dem Wege über § 366 HGB. Über die Beantwortung der Frage in bejahendem Sinne, ob der Schutz des § 366 HGB auch im Verkehr mit einem ausländischen Vertragspartner gilt, hat nie Streit bestanden. Die Verneinung der Frage würde auch das unbefriedigende Ergebnis zeitigen, daß der Ausländer dem Inländer gegenüber besser gestellt wäre, wogegen auch die Entstehungsgeschichte des § 366 HGB in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB spricht, die folgendes ausführt: [43])

„Die Bestimmungen des Art. 306 HGB, nach welchen der redliche Erwerber einer beweglichen Sache, die im Handelsbetriebe eines Kaufmanns veräußert oder verpfändet wird, das Eigentum oder das Pfandrecht auch dann erlangt, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört hat, verlieren zwar in der Hauptsache ihre Bedeutung, weil der Grundsatz, daß bei beweglichen Sachen der gutgläubige Erwerb zur Begründung des Eigentums oder Pfandrechts ausreicht, im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein durchgeführt ist. Der Schutz des guten Glaubens, der nach den §§ 932—936, 1207, 1208 BGB eintritt, deckt sich indessen nicht vollständig mit dem Schutze, welchen das Handelsgesetzbuch gewährt. Das erstere bleibt vielmehr in einem wesentlichen Punkte hinter dem Handelsgesetzbuch zurück, indem der Regel nach nur derjenige geschützt wird, welcher des Glaubens war, daß die Sache dem Veräußerer oder Verpfänder gehöre, wogegen die Vorschriften des Handelsgesetzbuches auch dann Anwendung finden, wenn der Erwerber den Veräußerer oder Verpfänder zwar nicht für den Eigentümer gehalten aber angenommen hat, daß derselbe zur Verfügung über die Sache befugt sei. Im Handelsverkehr wird auf diese weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden können. Der Fall, daß auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn dem entschuldbaren Irrtum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugnis der Schutz versagt bliebe. Wer von einem Kaufmanne, der gewerbsmäßig Kommissionsgeschäfte betreibt, Waren oder Wertpapiere erwirbt oder zum Pfande nimmt, wird oftmals nicht im Unklaren darüber sein, daß die betreffenden Gegenstände nicht dem Veräußerer oder Verpfänder gehören; er darf sich aber, wenn ihm die Umstände keine Veranlassung zu Zweifeln geben, darauf verlassen, daß der Kommissionär zur Verfügung über den Gegenstand befugt ist, und es kann ihm der Regel nach nicht angesonnen werden, Ermittlungen darüber anzustellen, ob ein gültiger Kommissionsauftragt besteht und wie weit er reicht." Man käme also bei einer Ablehnung des Redlichkeitsschutzes zu dem sicher

[43]) Vgl. Hahn-Mugdan Mat. zu den Reichsjustizgesetzen S. 361 ff.

nicht richtigen Ergebnis, daß der Schutz des Spezialgesetzes geringer sein würde, als der des BGB als des allgemeinen Gesetzes. Das widerspräche voll und ganz dem Sinn eines Spezialgesetzes.[44])

Das Ergebnis der Untersuchung ist mithin das, daß im Bankverkehr mit dem Auslande bei Geltung der Fremdvermutung für den inländischen Bankier dieser über § 366 HGB Pfand- und Zurückbehaltungsrechte an den ihm anvertrauten Kundenwerten der ausländischen Bankverbindung erwerben kann, wenn er den im Ausland Wohnenden nach inländischer Rechtsauffassung für einen Kaufmann halten durfte, und wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit ihn für verfügungsberechtigt hielt. Auch hier wird entscheidend für die Frage der Fahrlässigkeit sein, welchen Ruf und welches Ansehen der ausländische Bankier genießt. Das Ergebnis ist also das, daß trotz der Fremdvermutung der im Inlande wohnende Dritte Pfandrechte an Auslandswerten erlangen kann.

Nimmt man nunmehr an, daß die Fremdvermutung nicht zum Zuge kommt, so ist das praktische Ergebnis trotzdem dasselbe; denn der inländische Bankier muß zwar nicht unbedingt die ihm anvertrauten Werte für fremde halten, darf aber, ohne fahrlässig zu sein, nicht umgekehrt davon ausgehen, daß sie eigene des ausländischen Bankiers seien, weil die starke Vermutung, wenn auch nicht die Rechtsvermutung des § 4 Abs. 1, dafür spricht, daß es sich bei einem Bankgeschäft um Kundenwerte handelt. Dieser Auffassung entspricht ja auch schließlich der Grundgedanke für die Einführung der Fremdvermutung. Der inländische Dritte würde dann grob fahrlässig handeln, wenn er bei dem Erwerb von Pfandrechten diese Vermutung außer acht ließe. Er ist also auch in diesem Falle auf den Schutz des § 366 HGB angewiesen.

Das Ergebnis der vorläufigen Erörterungen ist also, daß kein ersichtlicher Grund vorhanden ist, der die Anwendung der Fremdvermutung für Bankgeschäfte vom Auslande nach dem Inlande ausschließen würde, ja, daß die Frage der Anwendbarkeit der Fremdvermutung für diese Fälle von untergeordneter Bedeutung ist, da für alle Fälle, ob mit oder ohne Fremdvermutung, § 366 HGB in gleicher Weise für den Inlands- wie den Auslandsverkehr anzuwenden ist und eine Erschwerung durch die Fremdvermutung auch im Auslandsverkehr nicht eintritt.

Wie Opitz sehr richtig ausführt,[45]) ist „von entscheidender Bedeutung für die Praxis, ob das neue Depotrecht im Verkehr mit einem ausländischen Bankier den Pfanderwerb auf Grund einer Vereinbarung zuläßt, die ein für allemal, z. B. in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, getroffen wird."

Dazu ist folgendes zu sagen:

Für den ausländischen Bankier haben die Bestimmungen des Depotgesetzes keine Gültigkeit. Er kann die Wertpapiere nach den Bestimmungen des § 12 verpfänden, er braucht es aber nicht. Verpfändet er sie nach den drei Arten des § 12, so bestehen keine

---

[44]) Vgl. auch Opitz in BA XXXVII/70.

[45]) in Ba XXXVII/71.

Schwierigkeiten. Richtet er sich aber nicht danach, sondern verpfändet er sie vielmehr, wie früher, nach den üblichen „Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit Bankierkunden", so könnte man annehmen, daß eine unbeschränkte Verpfändung und Haftung erfolgt, so wie es vor Inkrafttreten des neuen Depotgesetzes die generelle Regelung gewesen ist. Das aber soll durch das neue Depotgesetz doch gerade vermieden werden und hieße die Tendenz des § 4 in das Gegenteil verkehren, der vorschreibt, daß, abgesehen von den Fällen des konnexen Pfandrechts des § 4 Abs. 1, Satz 2, erster Halbsatz, die Werte nur nach Maßgabe des einzelnen über sie zwischen dem Verwahrer und dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts haften sollen. Daraus ergäbe sich dann weiter die Frage, ob man für den Auslandsverkehr der Banken die Möglichkeit einer so generellen Vereinbarung lediglich aus § 366 HGB wird ziehen können, weil für den ausländischen Bankier die depotrechtlichen Bestimmungen der §§ 12, 13 und 15 keine Gültigkeit haben? Denn aus dem Umstande, daß die Verfügungsbefugnis der ausländischen Banken über ihre Kundenwerte sich nur nach ausländischem Recht richtet, wird man die unbeschränkte Verfügungsbefugnis und die Befugnis zu dieser generellen Vereinbarung nicht ohne weiteres herleiten können. Vielmehr müßte dann eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem in- und ausländischen Bankinstitut entweder generell oder für den einzelnen Fall getroffen werden. Damit aber käme man zu folgendem Ergebnis:

Gibt man dem § 4 eine von den §§ 12 ff unabhängige Bedeutung, so kann nach dem Gesagten eine generelle Vereinbarung nicht getroffen werden. Tut man das aber nicht, sondern bringt den § 4 in Zusammenhang mit den §§ 12 ff als deren Folgerung, dann kommt man zu einer Ablehnung der Anwendbarkeit auch des § 4 auf den Auslandsverkehr. Eine generelle Abmachung der genannten Art zwischen den Bankinstituten wäre dann aber möglich. Zu diesen Fragen, Bedenken und den sich daraus ergebenden Folgerungen möchte ich abschließend mit Bezug auf die Anwendbarkeit der Fremdvermutung folgendermaßen Stellung nehmen:

Wie bereits an anderem Orte ausgeführt, stellt die Fremdvermutung nichts anderes dar, als eine automatisch wirkende Fremdanzeige im Verkehr der Bankinstitute untereinander. Die Fremdvermutung sollte auch dem Zweck dienen, die Möglichkeiten der Pfandverstrickung im Rahmen der Drittverwahrung zu klären und zu vereinfachen; denn es hätte ohne die Fremdvermutung einer besonderen Aufzählung der Fälle bedurft, in denen eine Fremdanzeige hätte erfolgen müssen. So wie im Depotgesetz von 1896 für die einzelnen Fälle des § 8 eine Fremdanzeige ohne eine dem heutigen § 12 entsprechende ausdrückliche Regelung bestanden hat, so könnte, wie auch früher schon ausgeführt, die Fremdvermutung und die Fremdanzeige heut nebeneinander bestehen. Andererseits haben die beschränkte und die übliche Verpfändung, welch letztere doch nichts anderes als eine großzügiger angewendete beschränkte Verpfändung ist, auch früher trotz der Fremdanzeige als konnexes Pfandrecht verabredet werden können, wenn auch nicht mit der

Differenzierung, wie sie in § 12 heut vorgesehen ist,[46]) während man auf eine unbeschränkte Drittverpfändung das konnexe Pfandrecht keine Anwendung finden ließ. Diese unbeschränkte Drittverpfändung hat man im neuen Depotgesetz, indem man sich über rein systematische Bedenken hinwegsetzte, in den Kreis der „einzelnen" Fälle des § 4 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz einbezogen.[47]) Daraus, daß die unbeschränkte Verpfändung durch § 4 Abs. 1, Satz 2, erster Halbsatz erst ausgeschlossen, durch den zweiten Halbsatz aber zugelassen worden ist, kann man aber nicht folgern, daß damit die Unabhängigkeit der Bedeutung der Fremdvermutung in Wegfall käme. Die Fremdvermutung als neuer Begriff wird dadurch nicht berührt. Sie ist, wie gesagt, nichts anderes als eine automatisch wirkende Fremdanzeige, für welche heut noch in § 4 Abs. 3, Satz 2, letzter Halbsatz i. V. mit § 4 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz die unbeschränkte Verpfändung zugelassen ist.

Trotz Selbständigkeit und der daraus zu folgernden Geltung der Fremdvermutung für den inländischen Bankier, auch für den Fall, daß ein ausländisches Bankinstitut Kundenwerte einem inländischen Bankinstitut anvertraut, kann man durch die Anwendung des § 366 HGB eine Drittverpfändung nach der banküblichen Pfandabrede, wie sie sonst im Verkehr mit der Nichtbankierkundschaft üblich ist, auch heut als möglich annehmen; denn eine solche Abrede, die auf eine unbeschränkte Verpfändung hinausläuft, kann formlos getroffen werden, also auch generell, wie z. B. auch in den Geschäftsbedingungen, da eine Formvorschrift nach § 12 nur für die Ermächtigung zur Drittverpfändung besteht, nicht aber für die Drittverpfändung selbst, worum es sich doch in vorliegendem Fall handelt. Es enthalten zwar die „Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit Bankierkunden" unter Nr. 2 die Forderung, daß der Kunde bei jeder Einlieferung von Wertpapieren für jede Wertpapierart bestimmen soll, in welches Depot die Werte gelegt werden sollen, jedoch darf man aus dieser generellen Abrede nicht folgern, daß das Gesetz nur eine solche rechtsgeschäftliche Regelung erlaubt; denn man hat sie nur deshalb vorgesehen, weil sie einmal praktisch ist, und zum anderen dem gutgläubigen Pfanderwerb am besten dient. Diese Regelung aber schließt eine andere rechtsgeschäftliche Regelung nicht aus, etwa dahin, daß zwischen Lokalbankier und Zentralbankier in Abweichung von den üblichen Geschäftsbedingungen vereinbart wird, die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile seines Depots oder seiner Anschaffungen, wenn keine besonderen Anweisungen erfolgen, in Depot A zu legen, wobei die Frage der Zweckmäßigkeit hier nicht zur Erörterung steht.

Wenn auch in § 4 Abs. 1, Satz 2 gesagt ist, der Zentralbankier könne Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte *nur* wegen der Forderungen geltend machen, für die diese Wertpapiere nach dem *einzelnen* Geschäft haften sollen, so ist dabei zu beachten, daß damit keine Formvorschriften erlassen sind, wie z. B. in den §§ 4,

---

[46]) Vgl. auch RGZ 133/187; JW 1931/3114; Opitz in BA XXXI/188.
[47]) Vgl. den Kommentar von Quassowski-Schröder, Anm. B II 2 zu § 4.

12 und 15, in denen Formerschwernisse für Erklärungen vorgesehen sind. Eine andere Auffassung darf schon deshalb nicht Platz greifen, weil es sich hierbei um den Verkehr von Bank zu Bank handelt, der ja nach § 16 von allen Formvorschriften befreit ist. Weil in § 4 eben keine Formvorschriften getroffen werden sollen, ist § 4 auch in § 16 nicht erwähnt. Sollte aber damit ein Formerfordernis gegeben sein, wäre es unverständlich, wenn der Bankier, der sogar von der Form des § 15 befreit ist, hier nicht befreit sein sollte.

Es haben also die Worte „nur" und „einzeln" nur die Bedeutung, daß außer dem Pfandrecht, das „mit Bezug auf die Wertpapiere" entstanden ist, — also für Gebühren und Auslagen z. B., oder für den Kaufpreis für angeschaffte Wertpapiere — auch noch andere Pfandrechte möglich sind, wie nämlich die nach § 12. Das bedeutet also für den Ausländer, für den ja die Bestimmungen des § 12 keine Geltung haben, jede Art der Pfandbestellung nach bürgerlichem Recht, sodaß für den inländischen Bankier mit dem ausländischen Bankier eine generelle Vereinbarung über eine Pfandbestellung durchaus möglich ist, auch wenn man annimmt, daß die Fremdvermutung auch für diesen Geschäftsverkehr zum Zuge kommt.

Die Depotbuchführung.

Der Festhaltung, Übersicht und Nachprüfbarkeit der depotgeschäftlichen Vorgänge dienen die Depotbücher und die Depotbuchführung. „Sie dient vor allem neben der Vorschrift der gesonderten Aufbewahrung der Sicherstellung des Aussonderungsrechts. Die eine Schutzmaßregel ist die Rückversicherung für den Fall, daß die andere einmal versagt." [1])

Für den Verwahrer besteht die gesetzliche Pflicht, ein Handelsbuch zu führen (§ 14 Abs. 1), in das jeder Hinterleger, ferner Art, Nennbetrag oder Stückzahl, Nummern oder sonstige Bezeichnungsmerkmale der für den Kunden verwahrten Werte eingetragen werden müssen. Ergeben sich die Nummern oder sonstigen Bezeichnungsmerkmale aus anderen Verzeichnissen, genügt die Bezugnahme auf diese. Durch die Verordnung vom 21. November 1923 war der nunmehr wieder eingeführte Nummernzwang des § 14 Abs. 1, Satz 1 unter dem Druck der Wertpapierinflation aufgehoben worden.

Die Praxis führt in der Regel zwei Depotbücher, von denen das eine nach Depotkunden, das andere nach Wertpapierarten geordnet ist, um besser und schneller in beiderlei Hinsicht umfassenden Aufschluß geben zu können. Sehr häufig ist heut die Loseblattbuchführung, die in Anbetracht der maschinellen Schreibarbeit als bequemer und angebrachter, ja fast einzig möglich, von der Depotprüfung auch nicht beanstandet wird, deren Durchführung von dem Reichskommissar für das Kreditwesen den Fach- und Wirtschaftsgruppen des Kreditwesens übertragen worden ist. [2])

---

[1]) Vgl. Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1937, Heft 34.

[2]) Vgl. Deutscher Reichsanzeiger Nr. 179.

Sammeldepotanteile sind als solche zu bezeichnen, da eine andere Möglichkeit des buchmäßigen Festhaltens (z. B. eine nummernmäßige) nicht gegeben ist (§ 14 Abs. 3). Die Eintragung eines Wertpapiers braucht nicht zu erfolgen (§ 14 Abs. 2), wenn die Verwahrung beendet ist, bevor eine Eintragung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang erfolgen konnte, wie z. B. bei den Aberdepotposten oder den Handbeständen zur Girosammelverwahrung (Vorgirodepot). Der Zwischenverwahrer hat den Ort der Niederlassung des Drittverwahrers im Depotbuch zu vermerken und auch den Namen anzugeben, wenn dieser sich nicht aus anderen Aufzeichnungen ergibt. Desgleichen ist auch zu vermerken, wenn der Verwahrer zur Sammelverwahrung, Tauschverwahrung, Verpfändung oder zur Verfügung über das Eigentum ermächtigt ist (§ 14 Abs. 4). Auch eine erfolgte Fremdanzeige ist im Depotbuch zu vermerken (§ 14 Abs. 5).

II. Abschnitt.

Die Anschaffungsgeschäfte (Einkaufskommission) (§§ 18–31)

haben im neuen Depotgesetz gleichfalls die verschiedensten Änderungen und auch Neuerungen erfahren, die alle dem Zwecke des Kundenschutzes zu dienen bestimmt sind. Zu den wichtigsten Neuerungen zu zählen ist neben der Einführung der Formstrenge für Vereinbarungen, die die Aussetzung des Stückeverzeichnisses betreffen (§ 19 Abs. 1, Satz 2) und damit eine Verzögerung der Übertragung des Wertpapiereigentums auf den Kommittenten zur Folge haben, die Wiedereinführung der grundsätzlichen Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses und die Einführung der Fremdvermutung auch für das Anschaffungsgeschäft und zwar sowohl für den echten, als auch für den selbsteintretenden Kommissionär und den Eigenhändler (§§ 30, 31).

Nur die Einkaufskommission unterliegt dem depotgesetzlichen Schutz, nicht aber die Verkaufskommision. Diese Einschränkung erklärt sich daraus, daß nur derjenige eines Schutzes bedarf, der sich einer gewissen Gefahr aussetzt. Derjenige Kommittent, der einen Anschaffungsauftrag erteilt und damit Kapitalien in Wertpapieren anlegt, soll dahin gesichert werden, daß er das Eigentum an den angeschafften Werten auch wirklich und möglichst schnell erhält und behält. Wer dagegen einen Verkaufsauftrag für seine ihm bereits gehörenden Wertpapiere erteilt hat, tauscht diese wieder in Geld oder in Bankguthaben um, und ein Bankguthaben gibt als Forderungsrecht im Falle des Konkurses des Kommissionärs nur ein Gläubigerrecht, das keines besonderen depotrechtlichen Schutzes bedarf. [3])

So wie es im Verwahrungsgeschäft die Erhaltung des Kundeneigentums gilt, dem die depotrechtlichen Bestimmungen dienen sollen, so soll beim Anschaffungsgeschäft die möglichst schnelle Verschaffung des Eigentums gesichert werden. Man ist sich bei der Schaffung des neuen Depotgesetzes nicht im Unklaren darüber gewesen, daß es für den Depotkunden am sichersten wäre, wenn das Eigentum mit der Ausführung des Kommissionsgeschäfts unmittelbar auf ihn, ohne den Kommissionär als Brücke zu benutzen, übergehen würde, wie es das Recht einiger nordischer Staaten

[3]) Vgl. dazu auch Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34.

kennt. Wie aber aus der Begründung zu § 18 des neuen Depotgesetzes hervorgeht, hat man jedoch diese Regelung in Anbetracht der bei uns anders gelagerten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht anwenden zu können geglaubt. Es soll aber wenigstens der Schwebezustand möglichst verkürzt werden, der zwischen der Anschaffung der Werte durch den Kommissionär und der Übertragung des Eigentums daran auf den Kommittenten liegt. Diesem Zwecke dient die wiedereingeführte Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses;[4]) die Übersendung hat unverzüglich, spätestens jedoch eine Woche nach Ausführung des Kaufauftrags zu erfolgen (§ 18 Abs. 1), gleichgültig, ob der Kommittent es verlangt oder nicht. Nur wenn der Kommissionär dem Kommittenten, mit dem er in Kontokorrentverkehr steht (§ 355 HGB), für eine Zeit zusagt, daß er in bestimmtem Umfange oder ohne besondere Begrenzung für ihn Anschaffungsaufträge für Wertpapiere auch ohne alsbaldige Zahlung des Kaufpreises tätigen werde, darf er sich dabei vorbehalten, ein Stückeverzeichnis erst auf Verlangen zu übersenden. Von diesem Vorbehalt aber darf er nur Gebrauch machen, wenn er dem Kommittenten bei Erstattung der Ausführungsanzeige schriftlich mitteilt, daß er die Übersendung eines Stückeverzeichnisses und damit die Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren erst auf Verlangen vornehmen werde (§ 20). Ist auch in § 20 nur von „Einkauf" von Wertpapieren die Rede, so ist diese Ausdrucksform nicht kleinlich auszulegen, sondern es sind darunter gleichzeitig alle Anschaffungsaufträge zu verstehen, „die ihrem Wesen nach, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, denjenigen Charakter aufweisen, den § 18 treffen soll."[5]) Mit der Absendung de Stückeverzeichnisses vollzieht sich also der Eigentumsübergang, es sei denn, daß er nicht vorher schon z. B. nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§§ 929 ff BGB) oder durch die Bänderung der Papiere oder durch Sammeldepotgutschrift erfolgt ist (§ 18 Abs. 3), womit sich allerdings die Übersendung des Stückeverzeichnisses erübrigt, ebenso wie für den Fall des vorzeitigen Weiterverkaufs der Werte (§ 23).[6]) Daß sich vor Übersendung des Stückeverzeichnisses bereits der Eigentumsübergang vollzieht, ist in der Praxis meistens der Fall. Hier liegt es so, daß im Kommissionsgeschäft, bei dem ja die Bank zunächst Eigentümer wird, um dann das Eigentum auf den Kommittenten zu übertragen, von den an der Börse gekauften Papieren die betreffende Wertpapierart in der Weise spezialisiert wird, daß die Bank die betreffende Menge von Wertpapieren für den Kunden bändert. Auf Grund dieser Bänderung wird das Nummernverzeichnis ausgeschrieben. Die Absendung dieses Nummernverzeichnisses erfolgt also zeitlich n a c h der Bänderung und ist daher, abgesehen von Einzelfällen, niemals eigentumsgestaltend. Ebenso liegt es mit der Buchung; denn in der Praxis wird ein Durchschlag des Nummernverzeichnisses in das

4) Vgl. dazu auch RGZ 104/120.
5) Vgl. RGZ 104/120.
6) Vgl. RGZ in JW 1937/3306 ff.

Verzeichnis aufgenommen, das an Stelle der Eintragung der Nummer im Depotbuch — besonders bei den größeren Betrieben — unterhalten wird (§ 14). Wenn also die Ablegung des Durchschlags des Nummernverzeichnisses in dem Verzeichnis, das in § 14 als Ersatz der Buchung der Nummer erwähnt ist, erfolgt, — diese Ablegung kommt der Eintragung der Nummern im Depotbuch gleich — so ist in der Praxis durch Bänderung ebenfalls bereits Eigentum übertragen.

Wenn eine Bank als Kommissionär im eigenen Namen für Rechnung eines Kunden Wertpapiere gekauft hat, so kann sich der Eigentumsübergang auf den Kunden auch schon durch Eintragung der Wertpapiere in das Depotbuch der Bank in Verbindung mit der an den Kunden gerichteten Mitteilung, daß die Wertpapiere in sein Depot gelegt worden seien, vollziehen. [7]) Zu der Ansicht des Reichsgerichts, daß, um den Eigentumsübergang zu vollziehen, gleichzeitig auch die an den Kunden gerichtete entsprechende Mitteilung erforderlich sei, nimmt Opitz mit Recht in ablehnendem Sinne Stellung. „Einer solchen (Mitteilung) aber bedarf es hier und bei der Sammelverwahrung ebensowenig, wie bei der Besitzabrede im Wege der Bänderung, wo sie von der ständigen Rechtsprechung nie gefordert worden ist. Daß der Kommissionär nach § 384 Abs. 2 HGB zur Mitteilung über die Ausführung des Kaufauftrags verpflichtet ist, und daß für das Gebiet der Sammelverwahrung in § 24 Abs. 2, Satz 2 eine solche Mitteilungspflicht noch einmal besonders vorgeschrieben ist, besagt noch nicht, daß die Mitteilung zum Tatbestand der Übereignung gehört. [8]) Entscheidend ist, daß die Wertpapiernummern im Depotbuch oder in einem Verzeichnis, auf das im Depotbuch verwiesen ist, festgehalten sind (§ 14 Abs. 1). Ohne Festhaltung der Nummern, die nach dem alten Depotgesetz nicht vorgeschrieben war, könnte die Buchung der Wertpapiere (der Art und Menge nach) nicht rechtsgestaltend wirken, auch dann nicht, wenn eine Mitteilung an den Kommittenten erfolgt wäre."

Statt Sondereigentum zu übertragen, kann der Kommissionär, allerdings nur mit jedesmaliger Zustimmung des Kommittenten, diesem auch Miteigentum an einem Sammeldepot übertragen, am Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank auch ohne seine Zustimmung (§ 24 Abs. 1). Der Eigentumsübergang vollzieht sich dann durch die Eintragung eines Übertragungsvermerks im Verwahrungsbuch des Kommissionärs. Auch bei der Verschaffung dieses Miteigentums bedarf es der sofortigen Mitteilung des Kommissionärs an den Kommittenten vom Miteigentumserwerb (§ 24 Abs. 2). Verbleiben die vom Kommissionär angeschafften Werte

---

[7]) Vgl. RGZ in JW 1937/3306 ff. Bei dieser Entscheidung ist wahrscheinlich eine Bänderung vor der Eintragung der Nummern im Depotbuch nicht geschehen, oder konnte vielleicht nicht festgestellt werden.

[8]) Vgl. hierzu auch Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 6 zu § 24.

auch nach der Eigentumsübertragung noch beim Kommissionär, so ist dieser Verwahrer im Sinne des Depotgesetzes (§ 29).[9])

Sollen die Werte vereinbarungsgemäß im Auslande angeschafft oder aufbewahrt werden, so steht dem Kommissionär ein Warterecht zu, d. h., er braucht das Stückeverzeichnis erst auf Verlangen des Kommittenten zu übersenden (§ 22). Dann beginnt die Frist zur Übersendung des Stückeverzeichnisses erst mit dem Zeitpunkt, in dem die Erklärung dem Kommissionär zugeht. Die Aufforderung hat schriftlich und unter Angabe der in das Stückeverzeichnis aufzunehmenden Wertpapiere zu erfolgen (§ 22 Abs. 2). Neu hierbei ist, daß die Anschaffung von Wertpapieren im Auslande eine Sonderstellung einnimmt. Was früher für alle Anschaffungsgeschäfte galt, gilt jetzt, abgesehen von den Vorschriften der §§ 20 und 21, nur noch für die Anschaffungsgeschäfte im Ausland.[10]) Das Warterecht steht dem Kommissionär auch dann zu, wenn er dem Kommittenten Kredit zugesagt hat.

Wenn der Kommissionär wegen der Forderungen, die ihm aus der Ausführung des Auftrags zustehen, zu einem beträchtlichen Teil noch nicht befriedigt ist und auch keine Stundung bewilligt hat, soll er durch § 18 nicht trotzdem vorzuleisten verpflichtet sein, sondern es bestimmt dafür § 19 Abs. 1 und 5, daß ihm dann das Recht zustehen soll, die Übersendung des Stückeverzeichnisses auszusetzen. Das alte Depotgesetz kannte dieses Recht noch nicht. Dadurch, daß dieses Warte- und Aussetzungsrecht dem Kommissionär vom Gesetz zugestanden wird, braucht er also unter den genannten Bedingungen dem Kommittenten nicht Eigentum zu übertragen, kann ihn dafür vielmehr nur auf Wertpapierrechnung erkennen, d. h. also, er verbucht nur den schuldrechtlichen Anspruch des Kommittenten auf Lieferung von Wertpapieren der Art nach. Die Verbuchung muß aber außerhalb des Depotbuchs erfolgen, da ja durch die noch nicht stattgefundene Eigentumsübertragung noch nicht von einer Hinterlegung von seiten des Kommittenten gesprochen werden kann. Dasselbe Verfahren kann sich auch zwischen dem Kommissionär und dem Drittkommissionär abspielen. Auch der Kommissionär — Lokalbankier — wird bei dem Drittkommissionär — Zentralbankier — dann aber auf Wertpapierrechnung erkannt, oder, wenn ihm der Drittkommissionär die Wertpapiere unter Stundung der Zahlung übereignet, wird er sie ihm auf Depot A verpfänden müssen, wobei er nicht etwa einer Ermächtigung des Kunden bedarf, da die Werte diesem ja noch gar nicht gehören. Als Stundung ist aber nicht die Einstellung des Kaufpreises ins Kontokorrent anzusprechen (§ 19 Abs. 1, Satz 2). Ist dem Kommittenten ein Spekulationskredit eingeräumt worden, wird man annehmen dürfen, daß er die Frist zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses auch nicht einzuhalten braucht.

---

[9]) Vgl. RGZ 63/403. Die Vereinbarung des Verwahrungsverhältnisses nimmt der Kommissionär mit sich selbst als Vertreter des Kommittenten nach § 181 BGB vor.

[10]) Vgl. dazu auch Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz zu § 22.

Vom Aussetzungsrecht kann der Kommissionär nur Gebrauch machen, wenn er dies dem Kommittenten jedesmal schriftlich und ausdrücklich anzeigt (§ 19 Abs. 2). Die Frist zur Übersendung des Stückeverzeichnisses beginnt dann erst mit der Befriedigung des Kommissionärs. Im Falle des Kontokorrents — d. h. im Regelfalle — gilt der Kommissionär als befriedigt, wenn Soll- und Habenposten gleich sind, wobei die tägliche Saldierung entscheidend ist (§ 19 Abs. 4). Wenn dagegen der Kommissionär, ohne ein Recht hierzu zu besitzen, die Übersendung des Stückeverzeichnisses unterläßt und auch eine ihm gesetzte Nachholungsfrist von drei Tagen ungenutzt verstreichen läßt, steht umgekehrt dem Kommittenten das Recht zu, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Die Erklärung des Kommissionärs, daß er ein Warte- oder ein Aussetzungsrecht ausüben will, wird folgenden Wortlaut haben müssen:[11])

I. Die Warterechtsanzeige:
Ihrem Auftrag — Angebot — vom . . . zufolge überließen — verkauften — wir Ihnen nachstehende Wertpapiere, wofür wir Ihre laufende Rechnung — Ihr Konto . . . . — wie folgt belasten: . . .
Die Wertpapiere schrieben wir Ihnen auf Wertpapierrechnung gut. Die Übersendung des Stückeverzeichnisses und damit die Übertragung des Eigentums an den Papieren behalten wir uns vor, bis Sie schriftlich die Übersendung eines Stückeverzeichnisses verlangen unter Angabe der Wertpapiere, die in das Stückeverzeichnis aufgenommen werden sollen.

II. Die Aussetzungsanzeige:
Ihrem Auftrag — Angebot — vom . . . zufolge überließen — verkauften — wir Ihnen nachstehende Papiere, wofür wir Ihre laufende Rechnung — Ihr Konto . . . . — wie folgt belasten: . . .
Die Wertpapiere schrieben wir Ihnen auf Wertpapierrechnung gut. Die Übersendung des Stückeverzeichnisses und damit die Übertragung des Eigentums an den Papieren setzen wir bis zur Befriedigung unserer Forderungen aus der Ausführung unseres Auftrags aus.

III. Die kombinierte Warterechts- und Aussetzungsanzeige:
Ihrem Auftrag — Angebot — vom . . . zufolge überließen — verkauften — wir Ihnen nachstehende Wertpapiere, wofür wir Ihre laufende Rechnung — Ihr Konto . . . . — wie folgt belasten: . . .
Die Wertpapiere schrieben wir Ihnen auf Wertpapierrechnung gut. Mit der Übersendung des Stückeverzeichnisses und damit mit der Übertragung des Eigentums an den Papieren, behalten wir uns vor zu warten, bis Sie schriftlich die Übersendung eines Stückeverzeichnisses verlangen unter Angabe der Wertpapiere, die in das Stückeverzeichnis aufgenommen

[11]) Vgl. Opitz im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34.

werden sollen. Unabhängig von Ihrem Verlangen setzen wir die Übersendung des Stückeverzeichnisses und damit die Übertragung des Eigentums aus, bis Sie unsere Forderungen aus der Anschaffung der Stücke, zu denen Sie Nummern anfordern, beglichen haben.

Auch beim Umtausch von Wertpapieren oder Sammeldepotanteilen, sowie bei der Geltendmachung eines Bezugsrechts auf Wertpapiere besteht für den Kommissionär die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses. Neu hierbei ist die Festlegung eines Schadenersatzanspruchs im Falle einer unrechtmäßigen Unterlassung der Übersendung (§ 26), wodurch der Kommissionär gleichzeitig seines Provisionsanspruchs (§ 396 Abs. 1 HGB) verlustig geht (§ 27).

Alle die genannten Verpflichtungen des Kommissionärs, die sich für ihn aus den Vorschriften der §§ 18—27 ergeben, können durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (§ 28). Diese Bestimmung gilt jedoch nicht im Bankverkehr, sondern nur für den Kommissionär, der nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt. Damit soll zum Schutze der Kunden erreicht werden, daß Unerfahrenheit oder Geschäftsunkenntnis des Kommissionärs diesen nicht etwa Vereinbarungen treffen lassen, die die Wirkungen der depotrechtlichen Vorschriften zunichte machen könnten.

Die Fremdvermutung im Anschaffungsgeschäft.

So wie für die Verwahrungsgeschäfte im § 8 des alten Depotgesetzes die Fremdanzeigepflicht für den Verwahrer bestanden hat, bestand sie auch für den Kommissionär. Und so wie durch den § 4 des neuen Depotgesetzes für den Verkehr der Kreditinstitute untereinander an die Stelle der Fremdanzeigepflicht die Fremdvermutung getreten ist und für das Verwahrungsgeschäft gilt, mußte sie auch auf die Anschaffungsgeschäfte ausgedehnt werden. Dies ist in § 30 Abs. 2 formuliert, der bestimmt, daß § 4 sinngemäß für die Fälle Anwendung zu finden habe, in denen ein Kommissionär einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung von Wertpapieren an einen Dritten weitergibt, und in § 31, der die §§ 18—30 und damit über § 30 wiederum § 4 und die Fremdvermutung sinngemäß Anwendung finden läßt für den Geschäftsbereich des Selbsteintritts und des Eigenhandels, also für die Fälle, in denen ein Kommissionär, der Kreditinstitut ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere als Eigenhändler verkauft oder umtauscht oder einen Auftrag zum Einkauf oder Umtausch von Wertpapieren im Wege des Selbsteintritts ausführt.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen für Rechnung eines anderen zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383 HGB). Der Kommissionär, der im Wege des Selbsteintritts ein Einkaufsgeschäft tätigt, kann, wenn keine gegenteilige Weisung des Kommittenten vorliegt, den Einkaufsauftrag für solche Wertpapiere, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, dadurch ausführen, daß er die zu kaufenden Wertpapiere selbst als Verkäufer liefert (§ 400 HGB).

Der Kommissionär, der im Wege des Eigenhandels ein Verkaufsgeschäft tätigt, tritt, wie das Wort schon sagt, dem Käufer als Eigenhändler entgegen, d. h. als Verkäufer zu einem festen Preis, nicht als Beauftragter in dem Sinne, daß er für den Kommittenten ein Geschäft vermitteln soll. In der Praxis ist es sehr schwer, diese beiden Geschäftsarten auseinanderzuhalten.[12]) Mit der ausdrücklichen Einbeziehung dieser Geschäftsarten der Kommission unter die depotgesetzlichen Bestimmungen und die Unterwerfung unter die Geltung der Fremdvermutung ist durch § 31, der die sinngemäße Anwendung der §§ 18—30 vorschreibt, ein Streit beendet worden, der unter der Geltung des Depotgesetzes von 1896 darum ging, ob die depotgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses und der damit erfolgten Eigentumsübertragung auch im Eigenhandel anzuwenden seien. Dagegen spricht JW 1923/509, dafür entscheidet sich u. a. Schmidt-Rimpler in Ehrenbergs Handbuch V,1, S. 94. Die Ansicht des Reichsgerichts war geteilt.[13]) Die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses beim Selbsteintritt dagegen wurde auch schon bisher anerkannt.[14]) Durch das neue Depotgesetz wurde also eine Klarstellung und einheitlich gleichmäßige Regelung für alle Kommissionsgeschäfte herbeigeführt, die dazu angetan ist, entstandene Lücken zu schließen. Es kommen also heut durch die sinngemäße Anwendung der §§ 18—30 für den Eigenhändler wie für den selbsteintretenden Kommissionär und deren Vertragspartner dieselben Rechte und Pflichten mit denselben Voraussetzungen und Wirkungen zur Anwendung, wie für den Kommissionär und Kommittenten. Der leitende Gedanke für die Anschaffungsgeschäfte, der § 31 zu entnehmen ist, geht dahin, daß es bei den Anschaffungsgeschäften nicht entscheidend darauf ankommen soll, welche rechtliche Ausführungsform das Geschäft erhält, sondern darauf, ob es seinem Wesen und seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach den depotgesetzlichen Vorschriften unterfallen muß.[15])

Auch im Anschaffungsgeschäft gilt die Fremdvermutung in der dreigliedrigen Kette; und zwar gilt als dem Drittkommissionär bekannt, daß die Wertpapiere, die er anzuschaffen von dem Zwischenkommissionär, — der ihm als Kommittent gegenübertritt — beauftragt worden ist, nicht für dessen Rechnung anzuschaffen sind. Er weiß damit gleichzeitig, daß diesem Zwischenkommissionär wiederum von einem Kommittenten der Auftrag gegeben worden ist, im eigenen Namen für fremde Rechnung, also *als Kommissionär* die Wertpapiere anzuschaffen. Im übrigen gilt das beim Verwahrungsgeschäft über die Fremdvermutung Gesagte auch beim Anschaffungsgeschäft mit der Frage, ob sie auch hier, wenn von der Anschaffung von Wertpapieren die Rede ist, immer auch gleichzeitig zum Schutze angeschaffter Sammeldepotanteile wirkt; denn in der bankgeschäftlichen Praxis werden keine Sammeldepotanteile

[12]) Vgl. dazu Opitz, Erl.Buch zum Depotgesetz, Bem. 3 zu § 31.
[13]) RGZ in BA XXII/183, XXVI/184, RGZ 106/303; 121/48.
[14]) RGZ 106/303.
[15]) RGZ 104/120.

gehandelt, sondern nur Wertpapiere der Art nach. Sammeldepotanteile können, wenn der Auftrag auf Anschaffung von Wertpapieren ganz allgemein lautet, sei es schon von seiten des Kommittenten oder erst des Zwischenkommissionärs, zwar dann geliefert werden, wenn sich entweder der Zwischenkommissionär oder der Drittkommissionär seiner Verpflichtung gegenüber seinem Auftraggeber, Eigentum an bestimmten Stücken zu verschaffen, durch Übertragung von Sammeldepotanteilen befreien will und der Kommittent damit einverstanden ist, daß ihm an Stelle von Sondereigentum an bestimmten Wertpapieren, Miteigentum an Sammeldepotanteilen übertragen wird. Es ist aber auch praktisch möglich — wenn auch nicht üblich — daß ein Auftrag auf Anschaffung von Sammeldepotanteilen erteilt wird, d. h. richtig gesagt, ein Auftrag auf Übertragung von Miteigentumsrechten am Sammelbestand.

Gilt auch hierbei die Fremdvermutung?

Wenn man davon ausgeht, daß § 4 und damit auch die Fremdvermutung sinngemäß auf die Anschaffungsgeschäfte Anwendung zu finden hat, und da kein Streit darüber besteht, daß ein Kommissionsauftrag sich auch auf die Anschaffung von Sammeldepotanteilen richten k a n n , so gilt auch die Fremdvermutung bei Geschäften mit Sammeldepotanteilen, auch wenn beim Anschaffungsgeschäft dies nicht ausdrücklich, wie bei den Verwahrungsgeschäften in § 9, hervorgehoben oder auf entsprechende Anwendung des § 9 hingewiesen wird; denn ich habe bei der Behandlung der Fremdvermutung im Verwahrungsgeschäft, insbesondere bei der Verweisung des § 9 auf § 4 darauf hingewiesen, daß dem § 9 mehr systematische Bedeutung zukommt. Allein schon unter diesem Gesichtspunkte kommt man dazu, daß die Fremdvermutung auch bei den Anschaffungsgeschäften zum Zuge kommt.[16]) Schließlich spricht auch für die Richtigkeit dieser Ansicht der Umstand, daß in § 30 nur auf eine sinngemäße Anwendung des § 4 verwiesen wird, ohne auch gleichzeitig des § 12 Erwähnung zu tun. Für den Geltungsbereich der Kommissionsgeschäfte ist nichts darüber gesagt, welche Geschäfte der Zwischenkommissionär mit dem Drittkommissionär mit der Wirkung tätigen darf, daß der Drittkommissionär an den angeschafften Wertpapieren ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht wegen der Forderungen geltend machen kann, für die diese Wertpapiere nach dem einzelnen über sie zwischen dem Zwischenverwahrer und ihm vorgenommenen Geschäft haften sollen (§§ 12, 4 Abs. 1, Satz 2, letzter Halbsatz). Mag auch eine ausdrückliche Regelung infolge der Bestimmungen der §§ 18—31, aus denen sich eine Regelung entnehmen läßt, überflüssig gewesen sein, so kann man nur sagen, daß eine ausdrückliche Regelung bei § 9 an sich auch überflüssig gewesen wäre; aus ihrem Bestehen aber bei den Verwahrungsgeschäften und ihrem Nichtbestehen bei den Anschaffungsgeschäften in diesem Falle den Schluß herleiten zu wollen, daß die Fremdvermutung bei den Anschaffungsgeschäften nach dem

---

[16]) Vgl. die Kommentare von Opitz, Bem. 3 zu § 30 und von Quassowski-Schröder Bem. 2 zu § 30.

Willen des Gesetzgebers nicht zum Zuge kommen solle, wäre nach den gemachten Ausführungen nicht richtig. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß der dem Depotgesetz und insbesondere der Fremdvermutung zugrundeliegende Gedanke des Kundenschutzes einen zwingenden Grund bietet, den Bestimmungen über die Fremdvermutung möglichst weitgehende Geltung zu verschaffen.

Gibt also z. B. ein Depotkunde einem Bankier einen Auftrag auf Anschaffung von Wertpapieren, so wird der Depotkunde Kommittent, der Bankier Kommissionär. Ist der Bankier an einem Ort, an dem die Wertpapiere nicht gehandelt werden, so gibt er als Lokalbankier den Kundenauftrag einen Zentralbankier weiter, der an dem Börsenplatz wohnt, an dem die Papiere gehandelt werden. Mit der Weitergabe des Auftrags wird der Lokalbankier Zwischenkommissionär und der Zentralbankier Drittkommissionär, für den die nur aus dem Gesetz zu widerlegende Rechtsvermutung gilt (§ 4 Abs. 2, Eigenanzeige), daß der Auftrag zwar in eigenem Namen (des Zwischenkommissionärs) aber für fremde Rechnung (die des Depotkunden) erteilt worden ist (§ 30 in Verbindung mit § 4). Dem Drittkommissionär tritt der Zwischenkommissionär, wie erwähnt, ja nicht als Kommissionär nach § 383 HGB entgegen, von dem er wissen muß, daß er im eigenen Namen für fremde Rechnung den Auftrag gibt, sondern als gewöhnlicher bankgewerblicher Kommittent, von dem er normalerweise annehmen müßte, daß er für eigene Rechnung den Auftrag erteilt hat. Daher die Notwendigkeit der Fremdvermutung zum Schutze des ersten Kommittenten, des Depotkunden.

Mit der Fremdvermutung tritt die Folge ein, daß der Drittkommissionär in der Geltendmachung von Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten an den angeschafften Papieren auf deren Geltendmachung wegen der Forderungen beschränkt wird, die mit Bezug auf die Anschaffung dieser Papiere entstanden sind,[17]) oder für die diese Papiere nach den einzelnen über sie zwischen ihm und dem Zwischenkommissionär vorgenommenen Geschäften haften sollen.[18]) Die Fremdvermutung mit ihrer Wirkung gilt für den Fall, daß der Drittkommissionär die Wertpapiere dem Zwischenkommissionär sowohl noch nicht, als auch schon übereignet hat, entweder durch Übersendung des Stückeverzeichnisses entsprechend § 18 Abs. 3, oder durch Sammeldepotgutschrift entsprechend § 24, oder nach bürgerlichem Recht entsprechend § 929 ff. der Zwischenkommissionär seinerseits aber dem Kommittenten noch nicht Eigentum verschafft hat. Ist dies erfolgt, so endet die Wirkung des § 30, und der § 4 tritt allein in seine Rechte, d. h., der Drittkommissionär wird Drittverwahrer und der Zwischenkommissionär wird Zwischenverwahrer. Es wird also der unbelastete Eigentumserwerb des

[17]) Kaufpreis und Kosten der Anschaffung. §§ 396 Abs. 2 HGB i. V. mit §§ 670, 676 BGB.

[18]) § 30 Abs. 2 i. V. mit § 4 Abs. 1 Satz 2. Wenn z. B. die Papiere, die vom Drittkommissionär erst angeschafft werden sollen, diesem vom Zwischenkommissionär auf Grund einer Ermächtigung nach § 12 schon für einen Rückkredit verpfändet werden.

Kommittenten von der Erteilung des Auftrags an bis zur Eigentums- aber nicht Besitzübertragung an ihn durch § 30 geschützt, von diesem Augenblick an bis zur eventuellen Besitzverschaffung durch § 4 allein. Voraussetzung für die Verwahrereigenschaft des Kommissionärs ist also der Eigentumserwerb durch den Kommittenten.[19]) Die Art und Weise des Eigentumsüberganges ist ohne Bedeutung. Ebenso genügt auch schon der Erwerb von Miteigentum bei der Übertragung von Rechten an einem Sammelbestand. Allerdings muß der Kommissionär in Erfüllung der Voraussetzungen für die Verwahrereigenschaften, wie bei den Verwahrungsgeschäften schon ausgeführt, entweder Alleinbesitz oder wenigstens Mitbesitz einschließlich mittelbarem Besitz an den Wertpapieren haben.

Die Beschränkung der Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte des Drittkommissionärs erstreckt sich auf:

1. das gesetzliche Pfandrecht nach § 397 HGB,
2. das vertragliche Pfandrecht, das gewöhnlich in den Geschäftsbedingungen der Banken enthalten ist, wonach eine allgemeine Haftung für alle Verbindlichkeiten und an allen im Besitz des Drittkommissionärs befindlichen Wertpapieren eintreten würde,
3. das gesetzliche kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des Zentralbankiers nach § 368, 370 HGB,
4. das gesetzliche, bürgerlich-rechtliche Zurückbehaltungsrecht des Zentralbankiers nach § 273 BGB und
5. vertragliche Zurückbehaltungsrechte des Zentralbankiers.

Aus alledem erhellt der Fortschritt, den das neue Depotgesetz durch die getroffene Bestimmung der Fremdvermutung gegenüber der Fremdanzeige des Depotgesetzes von 1896 im Interesse des Kundenschutzes erreicht hat.

[19]) RGZ 135/320, RGSt 47/144.

III. Abschnitt.

Das Konkursvorrecht (§§ 32, 33.)

Das durch die Novelle vom 23. November 1923 als § 7a dem Depotgesetz von 1896 nachträglich eingeführte depotrechtliche Konkursvorrecht hat im neuen Depotgesetz so wesentliche Änderungen erfahren, daß man wohl mit gutem Recht von einer Neuschaffung des depotrechtlichen Konkursvorrechts sprechen kann.[1])

Zu den bevorrechtigten Gläubigern im Konkurs über das Vermögen eines Verwahrers (§ 1), Pfandverwahrers (§ 17), eines Einkaufskommissionärs (§ 18), auch wenn er im Wege des Eigenhandels oder des Selbsteintritts gekauft oder getauscht hat (§ 31), zählt § 32

1. die Kommittenten, die im Augenblick der Konkurseröffnung zwar ihre Verpflichtungen gegenüber der Gegenseite erfüllt, aber noch nicht Eigentum oder Miteigentum übertragen erhalten haben, wobei es gleichgültig ist, ob zu diesem Zeitpunkt der Kommissionär die Werte schon angeschafft hatte oder nicht (§ 32 Abs. 1, Nr. 1).
2. Diejenigen Hinterleger, Verpfänder und Kommittenten, deren Eigentum oder Miteigentum an den Wertpapieren durch eine rechtswidrige Verfügung des Verwahrers, Pfandgläubigers, oder Kommissionärs, oder ihrer Erfüllungsgehilfen verletzt worden ist, wobei auch hier vorausgesetzt wird, daß sie auch ihrerseits ihre Verpflichtungen erfüllt haben (§ 32 Abs. 1, Nr. 2).
3. Die unter Nr. 1 und Nr. 2 genannten Gläubiger, auch wenn sie mit ihren Verpflichtungen bei Eröffnung des Verfahrens in einem Rückstand sind, der aber 10% des Wertes ihres Wertpapierlieferungsanspruchs nicht übersteigen darf, und wenn sie binnen einer Woche nach Aufforderung durch den Konkursverwalter diese Verpflichtungen vollständig erfüllt haben (§ 32 Abs. 1, Nr. 3).

Zur bevorrechtigten Befriedigung dieser Gläubiger dient eine Sondermasse, die gebildet wird aus den in der Masse vorhandenen Wertpapieren derselben Art, und aus den Ansprüchen auf Lieferung solcher Papiere. Es fallen hierunter auch die eigenen Sammeldepotanteile des Konkursifex. Der Anspruch gegen die Sondermasse

[1]) Das depotrechtliche Konkursvorrecht ist dem § 35 Abs. 1 und 2 Hypothekenbankgesetz von 1899 und 1930 (RGBl 1899 S. 375 und 1930 I S. 108) und den §§ 77 Abs. 4; 78 Abs. 1 des Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. VI. 1931 (RGBl I 315) nachgebildet. Vgl. auch Jäger zu § 61 KO Anm. 1 ff.

richtet sich aber im Gegensatz zur früheren Regelung nicht mehr auf Zahlung des Wertersatzes der Wertpapiere bei Konkurseröffnung, sondern auf Lieferung von Wertpapieren aus der Sondermasse, soweit diese noch nicht verwertet sind und damit nach dem Verhältnis der Forderungsbeträge an alle bevorrechtigten Gläubiger verteilt werden können. Andernfalls wird der volle Erlös der verwerteten Wertpapiere unter die bevorrechtigten Gläubiger im Verhältnis ihrer Forderungsbeträge verteilt. Das Vorrecht ist von den Gläubigern nach § 139 KO anzumelden. Aus dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners können die Gläubiger unter entsprechender Anwendung der für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156, 168, Nr. 3 KO Befriedigung verlangen; im übrigen gelten sie als gewöhnliche Konkursgläubiger (§ 32 Abs. 4). Unter Umständen wird ihnen vom Konkursgericht ein Pfleger bestellt (§ 32 Abs. 5).[2]) Eine Ausdehnung der Bestimmungen auf das Vergleichsverfahren ist nicht erfolgt, weil, wie die Begründung zum Depotgesetz ausführt, durch das Bestehen des Konkursvorrechts allein schon die Rechtsstellung der Gläubiger hinreichend gesichert sei. Nach § 27 Vergleichsordnung seien sie nur insoweit Vergleichsgläubiger, als sie auf ihre Vorrechte verzichtet hätten, oder trotz ihres Vorrechts nicht befriedigt worden seien, woraus folgere, daß sie in Ansehung der Befriedigung aus den Wertpapieren, auf die sich ihr Vorrecht beziehe, nicht Vergleichsgläubiger seien, also auch insbesondere eine Vollstreckungssperre gegen sie insoweit entsprechend § 13 Vergleichsordnung unzulässig sein würde. Erst dann würden sie mit ihrer Ausfallsforderung am Vergleichsverfahren beteiligt, wenn die Befriedigung durch den Zugriff auf die Wertpapiere nicht möglich sei. In diesem Falle seien sie aber auch im Konkurs wegen ihrer Restforderung nach teilweiser Befriedigung aus der Sondermasse nur als Konkursgläubiger zu behandeln (§ 64 KO), so daß sie also bei einem Nichtausreichen der Sondermasse in beiden Fällen an der restlichen Masse kein Vorrecht hätten.

Die zweite Gruppe der bevorrechtigten Konkursgläubiger bilden die an der Gefahrengemeinschaft der üblichen Verpfändung des § 12 Abs. 2 beteiligten Depotkunden. Für sie findet im Falle des Konkurses des Verwahrers ein Ausgleichsverfahren statt (§ 33), wie ich es schon bei Erörterung der üblichen Verpfändung erwähnt hatte. Beteiligt am Ausgleichsverfahren sind diejenigen Depotkunden, die dem Verwahrer eine Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erteilt haben. Es wird für dieses Ausgleichsverfahren ebenfalls eine Sondermasse gebildet. In diese Sondermasse kommen:

1. die Werte, die dem Drittpfandnehmer gemäß § 12 Abs. 2 verpfändet worden, aber von diesem nicht zu seiner Befriedigung verwendet worden sind, weil er sich z. B. aus anderen Wertpapieren schon befriedigt hat; es sind dies alle für den Rückkredit verpfändeten Werte, auch die eigenen des Zwischenver-

---

[2]) Vgl. dazu über die Sondervorrechte nach § 32 die Ausführungen von Bley in der Ztschrft. „Konkurs- und Treuhandwesen" 1937, Heft 10, S. 133.

pfänders und diejenigen, die er auf Grund einer unbeschränkten Verpfändungsermächtigung für den Rückkredit verpfändet hat. Die Eigentums- und damit Aussonderungsrechte der Hinterleger an diesen Werten bleiben zwar grundsätzlich bestehen, aber ordnen sich dem Ausgleichsverfahren insofern unter, als sie zu einer gleichmäßigen Befriedigung aller führen müssen, die eine Ermächtigung zur üblichen Verpfändung erteilt haben (§ 33 Abs. 2, Nr. 1).

2. fließt der Sondermasse der Überschuß des Erlöses aus den vom Drittpfandnehmer verwerteten Papieren zu, d. h. die Summe, die die Forderung des Drittpfandnehmers übersteigt. Hat der Drittpfandnehmer also eine Rückkreditforderung von 10 000 RM einschließlich Zinsen und Kosten etc., und hat die Versteigerung der ihm verpfändeten Werte 12 000 RM erbracht, so hat er die überschießenden 2000 RM an die Masse abzuführen (§ 33 Abs. 2, Nr. 2).

3. sind in die Sondermasse aufzunehmen die Forderungen gegen einen am Ausgleichsverfahren beteiligten Hinterleger aus dem ihm eingeräumten Kredit, sowie Leistungen zur Abwendung einer ihm drohenden Pfandverwertung. Forderungen gegen einen am Ausgleichsverfahren beteiligten Hinterleger aus dem ihm eingeräumten Kredit, sowie Leistungen zur Abwendung einer ihm drohenden Pfandverwertung. Forderungen gegen einen am Ausgleichsverfahren beteiligten Hinterleger aus dem ihm eingeräumten Kredit sind Haupt- und Nebenforderung des Zwischenverpfänders gegen den Hinterleger für den ihm eingeräumten Kredit. Dadurch, daß diese Forderungen mit in die Sondermasse einbezogen werden, wird den Hinterlegern die Möglichkeit genommen, mit ihrer Forderung auf Wertersatz für die vom Drittpfandnehmer bereits versteigerten Werte gegen ihre eigenen Verbindlichkeiten aus der Krediteinräumung aufzurechnen. Könnten sie es tun, würde es zu einer vollen Befriedigung des einen unter eventueller Benachteiligung des anderen Geschädigten führen, was durch das Ausgleichsverfahren mit seiner anteilsmäßigen Befriedigung gerade verhindert werden soll. Erst nach Berechnung der Quote aus dem Ausgleichsverfahren kann jeder Beteiligte, und zwar quotenmäßig, aufrechnen.

Leistet der Hinterleger eine Zahlung auf die gegen ihn bestehende Forderung, und zwar Haupt- wie Nebenforderung, aus dem ihm eingeräumten Kredit, d. h. also, deckt er den ihm gegebenen Kredit ab, so kommen diese Zahlungen gleichfalls in die Sondermasse, andernfalls kommt es zu einer Verwertung der Werte, deren Erlös dann der Sondermasse zufließt. Sind Werte von diesen Hinterlegern bereits vom Drittpfandnehmer zum Zwecke seiner Befriedigung versteigert worden, und ergibt die ihnen zustehende Quote einen höheren Betrag als den des ihnen gewährten Kredits, so brauchen sie diesen Kredit natürlich nicht bar abzudecken, sondern es wird der Betrag des Kredits von dem Betrage, der quotenmäßig an sie auszuzahlen wäre, abgezogen. Leistungen zur Abwen-

dung einer drohenden Pfandverwertung, die, wie eingangs gesagt, auch in die Sondermasse fallen, sind Zahlungen der Hinterleger oder des wirklichen Eigentümers der Werte zur Abdeckung des Kredits, um die Verwertung ihrer verpfändeten Werte zu verhindern. Es ist z. B. denkbar, daß dem Hinterleger ein Verwandter oder guter Bekannter Wertpapiere zur Verfügung gestellt hat, um eine Krediteinräumung für den Hinterleger zu ermöglichen, und daß dieser wirkliche Eigentümers statt des Hinterlegers Leistungen zur Abdeckung dieses Kredits macht, um sich seine Werte zu erhalten. Dieses Ablösungsrecht des § 268 und § 1249 BGB steht jedem zu, der irgend ein Interesse an der Erhaltung der Werte hat, und auch diese Zahlungen kommen zu der Sondermasse. Über die Berechnung der Quoten sagt § 33 Abs. 3, daß eine verhältnismäßige Befriedigung unter den Beteiligten entsprechend dem Werte der von Ihnen anvertrauten Werte zu erfolgen habe, wobei der Wert am Tage der Konkurseröffnung maßgebend ist. Der Wert der einzelnen Papiere wird also auf den Wert am Tage der Konkurseröffnung stabilisiert. Sind Werte vom Drittpfandnehmer schon vorher verwertet worden, und hat sich der Hinterleger nicht damit einverstanden erklärt, so wird er so behandelt, als seien seine Papiere noch nicht verwertet worden. Er kommt also in den Genuß einer eventuellen Kurssteigerung vom Tage der Verwertung bis zum Tage der Konkurseröffnung, hat aber auch die Nachteile eines Konkursverfalls zu tragen. War er aber damit einverstanden, daß die Papiere verwertet wurden, so tritt diese Folgerung nicht ein. Hat der Drittpfandnehmer Werte erst nach der Konkurseröffnung verwertet, so ist für die Berechnung der Quote nicht der Wert am Tage der Konkurseröffnung maßgebend, sondern der tatsächliche Erlös. Auch hierbei hat der Hinterleger die Vor- beziehungsweise Nachteile einer Kursschwankung vom Tage der Konkurseröffnung an bis zum Tage der Pfandverwertung zu tragen.

Die Nichtrückzahlung des für den Hinterleger eingeräumten Kredits ist für die Berechnung der Quote insofern bedeutungslos, als sie erst bei der Verteilung der Sondermasse Berücksichtigung findet. Hat jeder am Ausgleichsverfahren beteiligte Hinterleger in diesem seine verpfändeten Werte oder den vollen Wertersatz des Tages der Konkurseröffnung wiedererhalten, und bleibt dann noch ein Überschuß, so geht dieser an die allgemeine Konkursmasse, die nur für diesen Fall Nutznießer des Ausgleichsverfahrens, sonst aber nicht etwa auch quotenmäßig Berechtigter am Ausgleichsverfahren ist, auch dann nicht, wenn, wie erwähnt, Nostrobesitz in der Sondermasse lag.

Bei der Verteilung der Sondermasse ist zu berücksichtigen, daß in ihr Wertpapiere und Sammeldepotanteile, aber auch Geldbeträge und Forderungen enthalten sind. Die Verteilung vollzieht sich bei dieser Unterschiedlichkeit der Sondermasse folgendermaßen: Diejenigen Hinterleger, deren hinterlegte und verpfändete Werte vor oder nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Zwischenverpfänders vom Drittpfandnehmer verwertet worden

sind, erhalten die quotenmäßige Entschädigung in Geld. Die Hinterleger, deren Werte noch in der Sondermasse liegen, werden quotenmäßig durch Werte aus der Sondermasse befriedigt. Wenn der Wert der noch vorhandenen Werte eines Hinterlegers höher ist, als der ihm durch die Quote zustehende Betrag, so ist der Hinterleger zur Zahlung des Unterschiedes in Geld an die Sondermasse verpflichtet. Zur Sicherung der Forderung der Sondermasse gegen einen solchen Hinterleger besteht ein gesetzliches Pfandrecht aller Hinterleger, die aus der Sondermasse Befriedigung verlangen können, an diesen Werten (§ 33 Abs. 4).

Zahlt der Hinterleger also nicht, so werden seine Papiere verwertet, und der Erlös wird anteilmäßig an die Beteiligten verteilt. Ebenso wird verfahren, wenn der Kredit, dessentwegen die Werte des Verwahrers verpfändet worden sind, nicht zurückgezahlt wird.

Die Forderungen, mit denen der Hinterleger bei der Befriedigung aus der Sondermasse ausgefallen ist, kann er als gewöhnliche Konkursforderungen noch geltend machen (§ 33 Abs. 5). Auch kann das Gericht bei dem Ausgleichsverfahren den Beteiligten einen Pfleger bestellen, wie es in § 32 vorgesehen ist (§ 33 Abs. 6). Es würde zu weit gehen, im Rahmen dieser Arbeit näher auf die Einzelheiten, insbesondere auf beispielsweise Anwendung der Bestimmungen einzugehen; ich möchte daher auf die Beispiele in dem Erläuterungsbuch zum Depotgesetz von Opitz zu den §§ 32 und 33, ferner auf die Erläuterungen in dem Kommentar zum Depotgesetz von Quassowski-Schröder und auf die Ausführungen von Klausing in BA XXXVII/154 verweisen.

IV. Abschnitt.

Die Strafbestimmungen (§§ 34, 41)

des neuen Depotgesetzes sind mit Änderungen denen des § 9 Abs. 1 des Depotgesetzes von 1896 angepaßt worden. Sie treten nur insofern gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der §§ 246 StGB (Unterschlagung), 266 StGB (Untreue) und des § 95 Abs. 1, Nr. 2 (Kommissionsuntreue) des Börsengesetzes in den Vordergrund, als sie nur dazu bestimmt sind, Lücken auszufüllen, die sich bei der Anwendung strafrechtlicher Vorschriften auf die Vorschriften des Depotgesetzes ergeben haben. Im übrigen aber gelangen sie nicht zur Anwendung, wenn der Täter bereits nach den allgemeinen Strafbestimmungen einer Bestrafung zugeführt werden kann, was bei der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung des nationalsozialistischen Staates in erhöhtem Umfange der Fall ist.[1]) Eine Erweiterung haben die depotrechtlichen Vorschriften insofern erfahren, als sie durch den § 34 Abs. 1, Nr. 1 auch auf den Kaufmann ausgedehnt werden, der als Eigenhändler tätig wird oder der einen Auftrag zum Ankauf oder zum Umtausch von Wertpapieren durch Selbsteintritt ausführt, und daß sie auch dem Schutz der Kunden im Falle der Sammelverwahrung (§ 6 Abs. 2) zu dienen bestimmt sind (§ 34 Abs. 1, Nr. 2). Strafbar ist ferner:

1. der Kaufmann, der eigenen oder fremden Vorteils wegen eine falsche Eigenanzeige erstattet oder eine Fremdanzeige unterläßt (§§ 4 und 35);
2. der Kaufmann, der im Falle der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung dadurch eine Schädigung der Depotkunden herbeigeführt hat, daß er seinen Pflichten aus den §§ 2, 14, 18—24, 26 und 43 vorsätzlich zuwidergehandelt und damit Ansprüche der Kunden auf Aussonderung erschwert oder vereitelt hat (§ 37);
3. der Kaufmann, der die vorgenannten strafbaren Handlungen als Verwaltungsträger juristischer Personen vorgenommen hat (§ 39);
4. der Kaufmann, der sich der schweren Depotunterschlagung schuldig gemacht hat, d. h., der im Bewußtsein der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit widerrechtliche Verfügungen über fremde Werte vorgenommen hat, die dann bei Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung zur Schädigung der Kunden geführt haben (§ 38).

enthalten eine Übergangsregelung für die Verwahrungs- und Anschaffungsgeschäfte, die vor Inkrafttreten des neuen Depotgesetzes nur erst zum Teil ausgeführt waren, für die aber von nun an eine gesetzliche Grundlage nicht mehr vorhanden ist, z. B. bei einer Ermächtigung zu einer Verfügung „zu eigenem Nutzen" oder einer Ermächtigung „zur Rückgewähr gleichartiger Wertpapiere". Im übrigen werden in § 41 auch die öffentlich-rechtlichen Banken und die öffentlichen oder dem öffentlichen Verkehr dienenden Sparkassen den Bestimmungen dieses Gesetzes auch dann unterworfen, wenn sie keine Kaufmannseigenschaft besitzen. Auch sie gelten also als „Verwahrer" im Sinne des Depotgesetzes. Das alte Depotgesetz kannte eine dementsprechende Bestimmung nicht. Das neue Gesetz aber nahm sie auf, weil, wie es in seiner Begründung heißt, „der Kundenschutz bei derartigen Unternehmen keinesfalls schwächer sein darf, als bei privaten kaufmännischen Unternehmen". In § 42 wird dem Reichsjustizminister die Ermächtigung erteilt, im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister und dem Reichsfinanzminister die Anwendung von Vorschriften dieses Gesetzes auch für Fälle vorzuschreiben, in denen Kaufleute als Treuhänder für Dritte Wertpapiere besitzen oder erwerben, oder Beteiligungen oder Gläubigerrechte ausüben oder erwerben, oder in öffentliche Schuldbücher oder sonstige Register eingetragen sind. Man denke dabei z. B. an Reichsschuldbuchforderungen, deren Gleichwertigkeit mit Wertpapieren auch bei der Aussonderung im Konkurse anzuerkennen wäre. Ferner kann der Reichsjustizminister im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren, sowie den Erwerb und die Ausübung von Beteiligungen und Gläubigerrechten im Ausland ergänzend regeln, was z. B. der Fall sein könnte bei Auslandsgeschäften, für die eine ergänzende Regelung bei der Anwendung des § 4 getroffen werden könnte.

§ 43 setzt den Zeitpunkt für das Inkrafttreten des Depotgesetzes und das damit gleichzeitig zu erfolgende Außerkrafttreten des Depotgesetzes von 1896 fest. Im übrigen wird noch bestimmt, daß, wenn ein Anschaffungsauftrag vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes zwar ausgeführt, das Eigentum an den Werten dem Kommittenten aber noch nicht übertragen worden ist, daß dann die Übersendung des Stückeverzeichnisses unbeschadet der Bestimmungen der §§ 19—24 binnen drei Monaten nach diesem Zeitpunkt nachzuholen ist.[1])

[1]) Zur Frage der Überleitung der Girosammelverwahrung und der Verpfändungsermächtigung vgl. die Ausführungen von Opitz in „Die Bank", 30. Jahrgang, S. 265.

Literaturverzeichnis.

Beseler: „Die technische Ausführung des stückelosen Effektenverkehrs und des interurbanen Effektengiroverkehrs im Deutschen Reich" in BA XXV/15.

Bley: „Die Sondervorrechte nach § 32 des neuen Depotgesetzes" in der Zeitschrift: Konkurs- und Treuhandwesen. 1937, Heft 10, S. 133.

Cholewa: „Der Miteigentumserwerb am Sammeldepot nach dem neuen Depotrecht. Breslau 1938.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1930/32.

Ehrenbergs Handbuch: V. I. S. 94.

Fischer: „Die Neuregelung der Wertpapierverwahrung" in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1937, Heft 20/21, S. 631 ff.

Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung. 12. Aufl.

Gerstner: „Der Effekten-Treugiroverkehr" in der Zeitschrift: Zahlungsverkehr und Bankbetrieb, 1937, Nr. 12, S. 247.

Hahn-Mugdan: Mat. zu den Reichsjustizgesetzen, S. 361 ff.

Von Hippel-Kord-Ruwisch-Schmidt: „Die öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten". Karl Heymanns Verlag, Berlin 1927.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, 6/7. Aufl. 1931.

Kiesow: „Rechtstellung und Aktionärsrechte der Sammeldepotbeteiligten". Erlangen 1927.

Klausing: „Rechtsformalismus und Bankenraxis" in BA XXXVII/150.

Lengeling: „Der Giroverkehr in Deutschland". Münster 1927.

Mugdan: Mat. zum BGB III, S. 779/80.

Opitz Georg: Erläuterungsbuch zum Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren. 1937.

— Bespr. des Urt. des Reichsgerichts in JW 1937/3306 ff.

— Bespr. des Urt. des Reichsgerichts in BA XXXI/188.

— „Stückekonto". Verlag Walter de Gruyter und Co. 1932.

— „Der Effektenferngiroverkehr" in BA XXV/403 ff.

— „Der stückelose Effektenverkehr, ein Gegenstück zum bargeldlosen Zahlungsverkehr" in BA XXVI/238.

— „Die Verpfändung von Girosammeldepotanteilen" in BA XXVII/195.

— „Die Girosammelverwahrung von Inhaberteilverschreibungen und von Orderpapieren" in Ba XXIX/450.

— „Anderkonten" in BA XXXI/35.

— „Anderkontenrecht" in Ba XXXIII/84.

— „Vorgirodepot" in BA XXXVI/336.

— „Fremdvermutung und Auslandsgeschäft" in BA XXXVII/66.

— „Der Aufbau des deutschen Depotrechts" in: Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1937, Heft 34, S. 1523, 1527.

— „Die Depotrechtserneuerung" in: Zahlungsverkehr und Bankbetrieb. 1937, Nr. 3 S. 53.

— „Rückkredit" in: Der Wirtschaftstreuhänder. 1937, Nr. 13/14, S. 248.

— „Das neue Depotrecht" in: Wirtschaftspolitischer Dienst vom 6. II. 1937, Bl. 2.

— „Auswirkungen des neuen Depotrechts" in: Der deutsche Volkswirt. 1937, Nr. 20, S. 959.

— „Die Neugestaltung des Depotrechts" in JW 1937/513.
— „Überleitungsfragen zum neuen Depotgesetz" in: Die Bank. 1937, Heft 8, S. 262.
— „Der Bankkaufmann", Taschenbuch 1938/288, 89.
Opitz-Schultz: „Effektengiroverkehr und Sammeldepots" in JW 1926/476.
Schultz-Opitz: „Die Sammeldepots beim Kassenverein" in der Sonderbeilage zum BA Nr. 16 vom 15. Mai 1925.
Opitz Heinz: „Die Rechtsgrundlagen des Anderkontos". Berlin 1936.
Planck: Kommentar zum Allgem. Teil des BGB.
Quassowski-Schröder: Kommentar zum Bankdepotgesetz. 1937.
Richter: „Die Sammelverwahrung im neuen Depotgesetz" in BA XXXVI/288 und 475.
Riesser: Kommentar zum Bankdepotgesetz von 1896, 3. Aufl. S. 111.
Riesser-Bernstein: „Das Bankdepotgesetz", Berlin 1928.
Rospatt: „Zum Pfandrecht an Fremddepots, besonders der Frage der Gutgläubigkeit und ihrer Beweislast" in BA XXXI/225.
Rundschreiben Nr. 72 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Abt. Depotprüfung. Richtlinien für die Depotprüfung.
Rundschreiben Nr. 179 der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe. Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr mit inländischen Bankierkunden.
Schmidt: ‚Der deutsche Effektengiroverkehr". Würzburg 1928, S. 72.
Schröder: „Das Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren" in: Deutsche Justiz. 1937/227.
— „Überleitungsfragen zum neuen Bankdepotgesetz" in: Deutsche Justiz. 1937/506.
— „Wertpapierbeleihung nach dem neuen Depotgesetz" in JW 1937/1042.
— „Das Pfandrecht der Banken an Wertpapieren der Kunden" in: Deutsche Justiz. 1937/658 ff. und 1347.
— „Rechtsverhältnisse bei Einlieferung von Wertpapieren zur Sammelverwahrung und bei der Auslieferung von Wertpapieren aus Sammelbeständen" in: Deutsche Justiz 1937/1347.
— „Prüfungsrichtlinien und Vorgirodepot" in BA XXXVII/196.
Siebert: „Die treuhandrechtlichen Rechtsgrundlagen beim Anderkonto" in BA XXXI/386.
Simon: „Neues Depotgesetz" in Ba XXXVI/287.
Staudinger: Kommentar zum BGB, 10. Aufl.
Teewag: „Das Anderkonto". Berlin 1935.
Weißbart: „Die Beleihung der vom Bankier weitergegebenen fremden Wertpapiere" in BA XIII/128.
Zahn: DJ. 1937/653.

Lebenslauf.

Als Sohn des damaligen Präparandenlehrers, heutigen Seminars-Oberlehrers i. R., wurde ich am 29. November 1905 in Rosenberg o/S. geboren.

Ich durchlief die Seminarschule und besuchte anschließend das humanistische Gymnasium zu Glatz, das ich i. J. 1927 mit dem Abitur verließ, um Jura zu studieren. Die Universitäten in Breslau, Berlin und München besuchte ich und legte 1933 die erste juristische Staatsprüfung in Breslau ab.

Werner Reiß.